

**Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi  
Dergisi**



**Gazi University  
Faculty of Law  
Review**

---

**Cilt. XIV, Aralık 2010, Sayı 2**

**Vol. XIV, December 2010, No. 2**

---

# **Doç. Dr. Mustafa YILDIZ'a Armağan**

**ANKARA  
Aralık-2010**

# GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Gazi University**

**Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

**Editörler: Editors :**

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

**Yayın Kurulu : Editorial Board :**

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

**Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Bu dergi yılda iki defa yayınlanır. This journal is published two times a year.

**ISSN-1302-0013**

**Tasarım - Dizgi:** Kemal ERDOĞAN

**Basım Yeri:** Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi  
81. Sok. No: 9 Emek/ANKARA Tel : +90 312 216 23 09

**Basım Tarihi :** Aralık 2010

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



**Doç. Dr. Mustafa YILDIZ**  
**(1949-2008)**

BOŞ

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.**

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

### **DANIŞMANLAR KURULU**

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

### **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri**

1. 1997 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli dergi olarak yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) halinde yayınlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Türkçe-İngilizce başlıkları ile 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve İngilizce yazılmış özetlerinin ve kaynakçasının yazının sonuna eklenerek yazıma hazır şekilde gönderilmesi,  
Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünün, 1,5 satır aralığı ile “Times New Roman” karakterinin kullanılması ve ayrıca dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
4. 10.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde Microsoft Word formatında hazırlanan yazıların e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
5. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki veya e-posta ile gönderilen biçimiyle “basıla” verdiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Dergimiz editörlerince ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Yazardan düzeltme istenmesi durumunda düzeltmenin en geç 20 gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Yazarın Hakem Raporuna itiraz etmesi durumunda, yazı yeni bir hakeme gönderilecektir.
7. Yazarlar ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler yazarların soyadlarına göre alfabetik sırayla yayımlanır.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Dergide yayımlanan yazılar üzerinde her türlü tasarruf hakkı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne aittir.
10. Yayımlanan yazının 10 adet tıpkı basımı ve 1 adet dergi yazara ücretsiz gönderilecektir.

**İletişim Adresi:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad.  
No: 4 Beşevler/ANK. Tel: (312) 216 20 14 Faks: (312) 215 01 69  
<http://www.hukuk.gazi.edu.tr> e-posta: [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr)

**Gazi Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**Cilt XIV Aralık 2010 Sayı 2**  
**İ Ç İ N D E K İ L E R**

Özgeçmiş.....	XI
Önsöz	
<b>İhsan ERDOĞAN</b> .....	XIII
Sevgili Arkadaşım Mustafa YILDIZ	
<b>Mehmet Emin ARTUK</b> .....	XVI

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi	
<b>Şengül AL KILIÇ</b> .....	1-44
AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi ve Yönergenin	
Yatırımcı-Yatırım Şirketi Arasındaki İlişkiye Etkileri	
<b>Nusret ÇETİN / H. Ebru TÖREMİŞ</b> .....	45-70
Türk Hukuku'nda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim	
Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri	
<b>Harun KILIÇ</b> .....	71-102
Model Of Adr Mechanism For Turkey In Regards	
To Consumer Disputes In Telecommunications	
<b>Güneş KOCA</b> .....	103-120
Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte	
(Roma II) Ürün Sorumluluğu	
<b>Bilge TANRIBİLİR</b> .....	121-140
Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri	
Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları	
<b>Metin TOPÇUOĞLU</b> .....	141-168
Impossibility In Turkish Law	
<b>İpek YÜCER</b> .....	169-182

---

\* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

## KAMU HUKUKU

Sicherungsmaßnahmen <b>Mehmet Emin ARTUK</b> .....	185-222
İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi <b>Sedat ÇAL</b> .....	223-274
Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda) <b>Ali İhsan ERDAĞ</b> .....	275-304
Avrupa Birliği Üyesi Ülke Uygulamaları Çerçevesinde TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi <b>Hasan ERİKLİ, Havvana YAPICI KAYA</b> .....	305-358
Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme <b>Yakup GÖNEN</b> .....	359-386
2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti <b>Yusuf Şevki HAKYEMEZ</b> .....	387-406
Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelere Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti <b>Doğan KILINÇ</b> .....	407-454
Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler <b>Emin MEMİŞ</b> .....	455-498
Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları <b>Hasan MOR</b> .....	499-542
Tefecilik Suçu <b>İzzet ÖZGENÇ</b> .....	543-554
Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur <b>Yasin SÖYLER</b> .....	555-592
Anayasa Mahkemesinin Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı ve Değerlendirilmesi <b>Süleyman ÜSTÜN</b> .....	593-606
<b>ÇEVİRİ</b>	
Memuriyet Görevini İhlalden Dolayı Açılan ve İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mevcut Olduğu Davada Kısmi Hükümün Verilip Verilemeyeceği Meselesi Hakkında Alman Federal Temyiz Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 17.2.2004 Tarih ve 39/03 Sayılı Kararı <b>Cenk AKİL</b> .....	609-614



**Gazi University**  
**Faculty of Law Review**  
**Volume XIV December 2010 Number 2**

**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

Method Of Payment Against Documents (Collections) In International Trade <b>Şengül AL KILIÇ</b> .....	<b>1-44</b>
EU Markets in Financial Instruments Directive and The Effects of The Directive To the Relationships Between Investors and Investor Firms <b>Nusret ÇETİN / Ebru TÖREMİŞ</b> .....	<b>45-70</b>
Contingent Liabilities and Permissions of Regulations Authorities for the Acquisition of the Shares of Joint Stock Companies in Turkish Law <b>Harun KILIÇ</b> .....	<b>71-102</b>
Model Of ADR Mechanism For Turkey In Regards To Consumer Disputes In Telecommunications <b>Güneş KOCA</b> .....	<b>103-120</b>
Product Liability In The Law Applicable To Non-Contractual Obligations (Rome II) <b>Bilge TANRIBİLİR</b> .....	<b>121-140</b>
Drawing Check By Representation On Behalf Of Legal Persons And Its Consequences Within The Framework Of The New Check Law <b>Metin TOPÇUOĞLU</b> .....	<b>141-168</b>
Impossibility In Turkish Law <b>İpek YÜCER</b> .....	<b>169-182</b>

---

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

## PUBLIC LAW

Security Measures <b>Mehmet Emin ARTUK</b> .....	185-222
The Criteria Problem in Administrative Contracts and Proposal for a Different Approach <b>Sedat ÇAL</b> .....	223-274
Crimes In The Field Of Informatics (According To Turkish And German Criminal Law) <b>Ali İhsan ERDAĞ</b> .....	275-304
The Referral Of Bills And Proposals To The Committees In The Parliament Of Turkey In The Context Of European Union Member States Practices <b>Hasan ERİKLİ / Havvana YAPICI KAYA</b> .....	305-358
An Evaluation About The Quality Of Public Service Activities Of Electricity Market <b>Yakup GÖNEN</b> .....	359-386
The 2010 Constitutional Amendments And The Rule Of Law <b>Yusuf Şevki HAKYEMEZ</b> .....	387-406
Access Blacking For Internet And Freedom Of Expression In The Turkish And Comparative Law <b>Doğan KILINÇ</b> .....	407-454
Analyses On The Constitution Changes And Create A New Constitution <b>Emin MEMİŞ</b> .....	455-498
Europaen (Union) Integration Process And Problems <b>Hasan MOR</b> .....	499-542
Criminal Usury <b>İzzet ÖZGENÇ</b> .....	543-554
Personal Fault In The Light Of Supreme Court Decisions <b>Yasin SÖYLER</b> .....	555-592
Annulment Decision of The Constitutional Court About The Income Tax Tariff And Its Evaluation <b>Süleyman ÜSTÜN</b> .....	593-606
<b>TRANSLATION</b>	
The Decision Of The Federal Court Of Justice For The Sixth Civil Senate Dated 17.02.2004 And Numbered 39/03 Regarding The Matter Whether A Partial Verdict Can Be Given Or Not In A Suit, In Which A Permissive Joinder Of Parties Exists, Arising From The Breach Of An Official Duty <b>Cenk AKİL</b> .....	609-614

## “ÖZGEÇMİŞ

15.07.1949 tarihinde Tekirdağ'a bağlı Malkara İlçesinin “Gözsüz” köyünde doğan Doç. Dr. Mustafa YILDIZ, İlkokulunu orada, ortaokulunu Malkara Ortaokulu'nda, liseyi Tekirdağ Namık Kemal Lisesinde tamamladıktan sonra, 1971 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden “iyi” derece ile mezun olmuştur. 1972 Yılında Federal Almanya'ya gitmiş, 1973 Yılında Göttingen Georg-August Üniversitesine kaydolmuştur. 1979 Yılında, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Gesetze” (Türkiye’de Anayasa Yargısı-Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi) başlığını taşıyan çalışma ve bununla bağlantılı olarak öngörülen imtihanda (rigorosum) başarılı bulunarak, “iyi” derece ile hukuk doktoru (Dr. iur.) ünvanını almıştır. 1980-1984 Yılları arasında Almanya'nın Baden-Württemberg ve Berlin eyaletlerinde Türk işçilerinin sosyal danışmanlığını (Sozialberater) görevinde bulunmuştur. Ekim 1984'ten itibaren Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında çalışmaya başlamış, 1987-1988 Öğretim yılında Anayasa Hukuku Anabilim Dalındaki çalışmasına ek olarak, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “Devletler Hukuku” derslerini vermekle görevlendirilmiştir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine bağlı Çalışma Ekonomisi ve Maliye bölümlerinde Anayasa Hukuku dersleri vermiştir. Üniversitedeki bu çalışmanın yanında 1997-1998 öğretim yılında 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 38. maddesi uyarınca Başbakanlık danışmanlığı görevinde bulunmuştur. Evli olan Doç. Dr. Mustafa YILDIZ, 11.10.2008 tarihinde aramızdan ayrılmıştır.

### PROFESYONEL İŞ TECRÜBESİ

- 2000-2002 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı
- 2001 Doçentlik Ünvanını Almıştır.
- 1984-1991 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuk Anabilim Dalı Başkanlığı
- 1984-2000 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 1997-1998 Başbakanlık Danışmanlık
- 1987-1988 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 1980-1984 Federal Almanya'nın Badenwürttemberg ve Berlin eyaletlerinde Türk İşçileri Sosyal Danışmanlığı

## **YAYINLAR**

## **KİTAPLAR**

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayını İstanbul 1998.
2. Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, Beta Yayını, İstanbul 1998.

## **MAKALELER**

1. Federal Almanya’da Siyasal Partiler (Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, C.2, Sayı 1, İstanbul 1987, s.20-30).
2. Kitap İncelemesi : “Grundgesetz und Völkerrecht-Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht-Rudolf Geigeri C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung München 1985, 419.s. (Hukuk Araştırmaları, M.Ü.H.F. yayını, C.2, Sayı 2, s.86-87).
3. Atatürk ve 1921 ve 1924 Anayasaları (Hukuk Araştırmaları, M.Ü.H.F. yayını, Atatürk’ün 50. Ölüm Yılı Özel Sayısı, C.3, Sayı 3, İstanbul 1988, s.85-95).
4. Anayasal Yargılamada Geçici Hukuki Himaye (Hamburg Üniversitesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Ulrich KARPEN’den tercüme, (Hukuk Araştırmaları, M.Ü.H.F. yayını, C.5, Sayı 1-3, İstanbul 1990, s.152-166).
5. Laiklik ve Anayasa Yargısındaki Boyutları (Halit Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı yayını No.2, İstanbul 1996, s.564-575).
6. Anayasa Konseyi ve Maasticeht Yargısı (Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı yayını, No.4, İstanbul 1997, s. 504-514).
7. Ulusal Hukukların Avrupa Yargılamasındaki Görünümü (Argumentum, Aylık Hukuk Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül 1998, Yıl:8-9, Sayı 56, s.419-436).

## ÖNSÖZ

### PROFESÖR DOKTOR

Azrail acele etmeseydi Doç. Dr. Mustafa YILDIZ'ın adının başına böyle yazacaktık; kapısındaki isimliği ben ellerimle böyle değiştirecektim. Mustafa'yla tanışıklığımız yeniydi, ruhen tanışıklığımız ise sanki çok eskilere, kalû-belâyaya dayanmaktaydı.

Mustafa Yıldız'ın yolculuğu Malkara'dan, Tekirdağ'dan başlamış, Ankara Hukuk Fakültesi'nde heyecan bulmuş, oradan Almanya, Göttingen'de doktora, İstanbul-Marmara'da hocalık derken yol tekrar Ankara'ya dönmüş ve iç alemdeki zaman zaman bir öfke halinde dış aleme vuran heyecan fırtınası Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yerini sükunete bırakmıştır. Bizim yollarımız bu kurumda keşişmiş ve aynı hedefe doğru yönelmiştik.

Ben Mustafa Yıldız'ı “Mustaa bey” olarak tanımış, onun terk etmediği Rumeli şivesiyle “ukuk” demesini çok sevmiş ve onunla dost olmuştum. “Mustaa bey”, çelebi bir adamdı, teşekkür etmeyi ne çok severdi. Ev eşyası almak istiyordu. Ankara'ya yeni geldiği günlerde, kendisine hesaplı alışveriş yapabileceği bazı yerleri tavsiye ettiğimde gerçekten de bir hesaplı alışveriş yapmıştı. Bunun için bana ne kadar teşekkür etti, sanki o eşyayı ben almışım gibi.... Aynı müteşekkirligi otomobil alırken de, ev alırken de hatta demlediği çayı birlikte içerken de tekrar eder, hep teşekkür ederdi.

Önceleri Profesör olma konusunu çok önemsemedi. Ama 2008 yılı ortalarına doğru yaşadığımız heyecanlı bekleyişin ufuğu görüldüğünde bu işi halledelim dedi. Mustafa Yıldız Bey, bilgi birikimi ve tecrübesi ile çoktan bu payeyi hak etmişti. Mustafa bey son eserini planlamış, kaynaklarını toplamış büyükçe bir masanın üzerine yayarak yazmaya başlamıştı. Bu arada ben de bir an önce kadro tahsisi için teşebbüste bulunmuş ve işin çabuklaştırılması için görüşmeler yapıyordum. Ama olmadı, yarım kaldı. Masanın üzerinde açılmış kitaplar, makaleler, notlar ve yazmak istediği kitabın ilk müsvettesi öylece kalmıştı. Mustafa bey yatağının üzerine hafif yan dönerek sol avucunu yanağının altına, bir ayağını diğerinin üzerine koymuş hafif bir gülümsemeyle uyuyakalmıştı. Yolculuk işte burada bitmişti. Üzülme Mustaa bey herkesin bitiremediği yarım kalan bir yığın işleri var; işler bitmez ama hayat biter. Bitmeyecek bir husus daha var; ben hayatta olduğum sürece dostluğumuz.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

BOŞ

## Sevgili arkadaşım Mustafa YILDIZ

Mustafa, benim Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde en yakın arkadaşım. Bunda belki de, her ikimizin Federal Almanya'da Doktora çalışmaları yapmamızın etkisi vardı. Mustafa, 28.05.1979'da Göttingen Hukuk Fakültesi'nde Hukuk Doktoru unvanını iyi derece ile (cum laude) aldı. Danışmanı Prof. Dr. D. Rauschnig'dir. Doktora Tezini verdikten sonra Türkiye'ye gelen Mustafa Yıldız'ın Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı'na atanması 17 Ekim 1985'te gerçekleşmiştir.

Mustafa, çok okur, az yazardı. Bu konuda kendisine yaptığım eleştiriler bazen dozu aşar ve ortak dostumuz Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi Bölümü'nde görevli Prof. Dr. Ali Rıza Okur'un "Uğraşma çocukla" şeklindeki serzenişine sebep olurdu. Ali Rıza Okur, Mustafa ve ben sık sık buluşur, sohbet ederdik.

Mustafa'nın çok zengin bir kütüphanesi vardı. Kitapları daha ziyade yabancı kaynaklardan oluşan Anayasa ve Devletler Hukukuna ilişkindi. Bu kitaplar, çok sevgili eşi Nazende Yıldız'ın gayretleriyle Fakültemiz Kütüphanesi'ne bağışlanmış olup, ayrı bir bölümde sergilenmektedir. Buna rağmen Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde maalesef Mustafa'nın değeri bilinmemiştir. Dönemin fakülte yönetiminin talebi üzerine üniversitenin İktisadi İdari Bilimler Fakültesi'nde arzusu hilafına görevlendirilen değerli ve sevgili meslektaşım, bunu bir haysiyet meselesi yapmış ve Gazi Üniversitesi'ne geçmiştir.

Mustafa Yıldız ile benim acı tatlı çok hatıralarım olmuştur. Rahmetli Babamın kalp krizi sonucu vefatını 23 Şubat 1993 sabah erken saatlerde öğrendikten sonra, ilk telefon ettiğim ve hastaneye gideceğimi söylediğim kişi Mustafa'dır. Bu acılı günümde beni yalnız bırakmayacağını belirten Mustafa, babası Abbas Yıldız'a telefonla durumu bildirdiği gibi, Bostancı'daki evime de gelmiştir. Beraberce Vatan Caddesi'nde bulunan Vatan Hastanesi'ne gittik. Babamı eski Kozlu Mezarlığı'na defnetmek için cenaze arabasıyla aldıktan sonra hastanenin önünden ayrılırken caddedeki kalabalığı fark ettim. Mustafa bana "o tarafa bakma bir trafik kazası olmuş" dedi. Babamı gasilhaneye tevdi ettikten sonra, Mustafa ile beraber tekrar eve döndük. Öğleden sonra gelen bir telefonla hastanenin önünde gerçekleşen trafik kazasında vefat eden kişinin Mustafa'nın babası olduğunu öğrendik. Bunun üzerine ikimiz Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nin yanındaki Adli Tıp Enstitüsü'nün morguna gittik. Mustafa, babasını defnetmek için Tekirdağ'a bağlı Malkara ilçesinin Gözsüz Köyü'ne hareket etti. Yaşadığımız o saatler ikimiz için de kabus gibiydi.

Mustafa ile sık sık şakalaşır, ona muziplikler yapmaya çalışırdım. Hiç unutmam, bir bayramla birlikte uzun bir tatil dönemi geçirdik. Pazartesi günü Fakültede ders yoktu. Pazar akşamı Mustafa bana telefonda “Yarın ders yok, ayaklarımı uzattım, televizyon izliyorum” dedi. Ben ise, “Hayır, yarın ders var, otur Anayasa Hukukunu çalış” dedim. Bunun üzerine dersine hazırlanan Mustafa sabahleyin Fakülteye gitti. Daha sonra bana, “Emin, Fakültede bir ben vardım, bir de Fakülte Hizmet Sorumlusu Mehmet Efendi. Hatta Mehmet Efendi bana hayrola Hocam bu tatil gününde burada ne işiniz var diye sordu” dediğini hatırlıyorum.

Mustafa'nın vefat haberini alınca, üstüme bir ağırlık çöktü. Bugün Fakültemizde ceza asistanlarının oturduğu “labirent” denilen mekana girdiğimde, Fakülte koridorlarında yürüdüğümde, hep Mustafa'yı görürüm. Mustafa'nın büyük bir fotoğrafı, Fakültedeki çalışma odamdadır. Onun bu zamansız vefatını bir türlü kabullenemedim.

Sevgili arkadaşşıma Allah'tan Rahmet diliyorum.

M. Emin ARTUK  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğretim Üyesi



# MAKALELER

BOŞ

**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ

# ULUSLARARASI TİCARETTE VESAİK MUKABİLİ ÖDEME YÖNTEMİ

Şengül AL KILIÇ\*

## Özet

*Uluslararası ticarete sık kullanılan ödeme yöntemlerinden biri olan vesaik mukabili ödeme yöntemi, ihracatçı ile ithalatçı arasında yapılan anlaşma uyarınca, ihracatçının malları gümrüğe göndermesi işlemi ile başlar. Malları temsil eden vesaik, ihracatçı tarafından gönderi bankasına; gönderi bankası tarafından da ithalatçıya ulaştırılır. İthalatçının malların bedelini ödemesi ya da ihracatçının düzenlediği poliçeyi kabul etmesi karşılığında, belgeler kendisine teslim edilir. İthalatçı bu belgeler sayesinde malları gümrükten çekme imkânına sahip olur. Vesaik mukabili ödeme işlemi, taraflarca açık ya da zımnî olarak kararlaştırılması ve ulusal hukukun emredici kurallarına aykırı olmaması şartı ile MTO (Milletlerarası Ticaret Odası) tarafından hazırlanan 522 sayılı Broşür çerçevesinde gerçekleştirilir.*

**Anahtar Kelimeler:** Ödeme yöntemi, Vesaik, Poliçe, Amir, Gönderi Bankası, Tahsil/İbraz Bankası, Muhatap, 522 sayılı Broşür.

## METHOD OF PAYMENT AGAINST DOCUMENTS (COLLECTIONS) IN INTERNATIONAL TRADE

### Abstract

*Document against payment, as one of the most usual payment methods in international commerce, commences with exporter's sending the goods to custom in respect of the agreement between the exporter and the importer. The document representing the goods ought to be sent from exporter to importer by the remitting bank. In consideration of importer to pay the cost and approve of the policy, the documents will be delivered to him. By the virtue of these documents, importer could enable to clear goods from custom. Document against payment is carried out pursuant to the 522 numbered brochure prepared by the ICC (International Chamber of Commerce), on behalf of being agreed by the parties apparently or implicitly and not being contrary to the national mandatory rules.*

**Key Words:** payment methods, documents, bill of exchange, drawer, remitting bank, collecting bank, presenting bank, drawee, 522 numbered brochure.

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

Gelişen dünya, küreselleşmenin etkisi ve daha fazla gelir elde etme arzusu ile birlikte tacirler, ticari faaliyetlerini ülke sınırlarını aşan nitelikte, uluslararası alanda devam ettirme eğiliminde olmaktadır. Ancak uluslararası ticaretteki belki de en önemli sıkıntılardan birisi, tarafların birbirlerini tanıması; çoğu zaman birbirlerine güven duymamasıdır. Uluslararası ticarete, taraflar arasında yapılan anlaşma gereğince tarafların birbirlerinden beklentileri, ihracatçının malları zamanında ve niteliklerine uygun olarak göndermesi; ithalatçının ise, bu mallara tekabül eden ve sözleşmede kararlaştırılan bedeli zamanında ve tam olarak ödemesidir. Uluslararası ticaretin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi ve yapılan anlaşma neticesinde tarafların bekledikleri menfaatlerin sağlanabilmesi, ancak taraflar sözleşme gereğince üzerlerine düşen yükümlülükleri tam ve eksiksiz olarak yerine getirirse mümkün olabilir.

Uluslararası ticaretin en önemli konularından birisini, ödeme aşaması oluşturmaktadır. Uluslararası ticarete, ihraç edilen mal bedellerinin, kolay, süratli, düşük maliyetli ve güvenli bir şekilde ihracatçıya ulaştırılması amacıyla çeşitli ödeme yöntemleri uygulanmaktadır. Ödeme yönteminin, mal bedelinin malın satıcısına ödenmesinde kullanılan yöntem olarak tanımlanması mümkündür<sup>1</sup>. İhracat bedellerinin yurda getirilmesinde kullanılan ödeme yöntemleri; peşin ödeme, alıcı firma prefinansmanı, kabul kredili ödeme<sup>2</sup>, mal mukabili ödeme, vesaik mukabili ödeme, akreditifli ödeme ve teminat mektubu ile ödeme şeklinde sıralamak mümkündür.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden vesaik mukabili ödeme, uygulamada sıklıkla karşılaşılan ödeme yöntemlerinden birisini oluşturmaktadır. Çalışmamızda, vesaik mukabili ödeme kavramı üzerinde durulacak, ödeme yöntemindeki taraflar, bu ödeme yöntemine uygulanacak olan hükümler, vesaik mukabili ödeme yönteminin türleri, sistemin işleyişi, taraflar açısından avantaj ve dezavantajları, bankaların hukuki sorumlulukları açıklanmaya çalışılacaktır.

<sup>1</sup> Hayrettin YÜCEL, **İhracatta Pratik Bilgiler-İhracatta Peşin Ödeme**, İGEME (İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi), Ağustos 1999, s. 1; Arif TAŞPINAR, **İhracatta Pratik Bilgiler-İhracatta Peşin Ödeme**, İGEME, Eylül 1990, s. 1.

<sup>2</sup> Ancak doktrinde YÜCEL, “*kabul kredili ödeme, prefinansman ve peşin ödeme*”nin dış ticaretin finansmanı ile ilgili kavramlar olduğunu belirtmekte ve bunların ödeme şeklini değil; zamanını belirten ifadeler olduğunu belirtmektedir. Bkz. YÜCEL, s. 1.

## **I. Terim Sorunu ve Genel Olarak Vesaik Mukabili Ödeme Kavramı**

“*Belge karşılığı ödeme*” veya Türk hukuku uygulamasındaki adı ile “*vesaik mukabili ödeme (cash against documents/documentary collections/bill of exchange)*” terim anlamı itibari ile bankanın ithalatçıdan mal bedelini tahsil etmesi ya da gelecek bir tarihte tahsil etmek üzere vadeli bir poliçe düzenlemesi karşılığında, ihracatçı tarafından kendisine verilmiş (tevdil edilmiş) olan belgeleri, malları gümrükten çekebilmesi için ithalatçıya vermesidir<sup>3</sup>. Ancak doktrinde “*vesaik mukabili ödeme/belge karşılığı ödeme*” ifadesi, işlemi tam olarak açıklamaya yeterli olmadığı gibi; kavram zıt çağrışımlara neden olduğu için haklı olarak eleştirilmiştir. Çünkü burada banka tarafından yapılan işlem, “*tahsil işlemi*”dir. Yoksa bu ödeme yönteminde akreditifte olduğu gibi, banka kendisine ibraz edilen belgeler karşılığında para ödememektedir. Bu nedenle de, esasında kullanılması gerekli olan doğru terim, “*tahsil karşılığı belge/belgeli tahsil*” olmalıdır<sup>4</sup>. Nitekim konumuz açısından önem arz eden MTO’nun (ICC) 522 sayılı Broşürü’nün başlığını da “*Tahsil-ler İçin Yeknesak/Birörnek Kurallar (Uniform Rules for Collections)*” ifadesi oluşturmaktadır. “*Documentary collection*” ifadesinin Türkçe karşılığı, “*belgeli tahsil*” olduğu halde, uygulamada bu ödeme türü için, “*vesaik mukabili ödeme*” kavramı kullanılmaktadır<sup>5</sup>. Konumuz açısından terim sorununu ifa-

<sup>3</sup> Ünal TEKİNALP, *Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları*, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 645. Benzer yönde tanımlar için bkz. Nihayet DURUKANOĞLU, *Dış Ticaret Dünyası*, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 122; İGEME, *100 Soruda Dış Ticaret*, İGEME, Haziran 2009, s. 149; Yaser GÜRSOY, *Dış Ticaret Yönetimi*, 5. Bası, Bursa 2009, s. 76; Murat CANİTEZ, *Uygulamalı İthalat ve İhracat İşlemleri ve Dökümantasyon*, Ankara 2005, s. 55; Halil SEYİDOĞLU, *Uluslararası Finans*, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 365–366; Yaser GÜRSOY, *Dış Ticaret İşlemleri Muhasebesi*, 4. Bası, Bursa 2008, s. 102; INTERBANK-*Uluslararası Ticarete Bankalar Arası Ödeme Yöntemleri*, Eğitim Bölümü Yayınları No: 19, s. 48; Edward G. HINKELMAN (Çev: Berk KAPLANER), *Uluslararası Ödemeler, Akreditifler, Vesaik Karşılığı Tahsilâtlar ve Siber Ödemeler*, İstanbul 2002, s. 19; Abdurrahman ÖZALP, *Uluslararası Yeni Kurallar Işığında Dış Ticarete Teslim ve Ödeme Şekilleri, Genel ve Bankalar Uygulaması*, İstanbul 2004, s. 42; Mustafa Cem YENİARAS, “*Uluslararası Ticarete Akreditif ve Belge Karşılığı Ödeme*”, İBD (İstanbul Barosu Dergisi), C. 80, S. 2006/1, İstanbul 2006, s. 132; Vecdi ÜNAY, *Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilme Usulleri*, İstanbul 1989, s. 57; Arif ŞAHİN, *İhracatta Ödeme Şekilleri*, İGEME, Ankara 2006, s. 32; Hakan AKIN, *Yeni İşimiz Dış Ticaret*, 7. Basım, Ağustos 2008, s. 172; Vural SEVEN, “*Dış Ticarete Vesaik Mukabili Ödemeli Satışların CMR Kapsamındaki Taşıma Sözleşmelerine Etkisi*”, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2006, S. 38, s. 448; Edip YETİK, “*Dış Ticarete Ödeme Şekilleri*”, Gümrük Dünyası Dergisi, S. 55 (<http://www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/55/8.html>).

<sup>4</sup> TEKİNALP, s. 645–646; INTERBANK, s. 91.

<sup>5</sup> Marziye DİLEK, *Dış Ticarete Ödeme Yöntemleri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorun-*

de etmeye çalıştıktan sonra, biz de çalışmamızda uygulamada sıklıkla kullanılan ve terminolojiye bu şekliyle dâhil olan<sup>6</sup> ifadeyi, “*vesaik mukabili ödeme*” kavramını kullanacağız.

Vesaik mukabili ödeme yönteminde, esas olan, yapılan dış ticaret işlemi sonucunda, ihracat bedelinin, satıcı tarafından hazırlanan belirli belgeler karşılığında, ithalatçı tarafından ödenmesini sağlamaktır<sup>7</sup>.

Vesaik mukabili ödeme şekllinden, istenilen sonucun elde edilebilmesi; alıcı ile satıcının birbirine güvenmesi, satıcının alıcının ödeme gücü hakkında kuşku duymaması, malın sevk edildiği ülkedeki ekonomik, hukuki ve siyasal koşulların dengeli olması, malın sevk edildiği ülkede kotaların müsait olması ve sınırlamaların bulunmaması şartlarına bağlıdır<sup>8</sup>.

## **II. Vesaik Mukabili Ödeme İşleminin Tarafları**

TBK (Tahsiller İçin Birörnek Kurallar) 522 sayılı Broşürün m. 3 hükümüne göre vesaik mukabili ödeme işleminin taraflarını; a) Amir, b) Gönderi Bankası, c) Tahsil Bankası, d) İbraz Bankası ve e) Muhatap şeklinde sıralamak mümkündür. Ancak uygulamada genellikle tahsil bankası ile ibraz bankasının görevleri aynı banka tarafından yerine getirildiği için, vesaik mukabili ödemede dört tarafın bulunduğu söylenebilir<sup>9</sup>.

---

lar, Yayınlanmamış Master Tezi, Ankara 2007, s. 8.

<sup>6</sup> Şenay ERYÜREK, **Uluslararası Ticarete Ödeme Şekilleri ve Vesaik**, İstanbul 1987, s. 23.

<sup>7</sup> Vesaik mukabili ödeme yöntemi, esas itibariyle, alıcının mallar karşılığında ödemeyi teslimat anında yaptığı, “*teslimat karşılığı ödeme işlemi*”ne benzetmekle birlikte; teslimat karşılığı ödeme işleminden iki bakımdan farklılık arz etmektedir. Bunlardan birincisi, vesaik mukabili ödemede, bedeli bir kişinin, nakliye şirketinin veya bir posta servisinin tahsil etmesi yerine, işlemler banka tarafından yürütülür. Bir diğer ifade ile bankalar, bu ödeme yönteminde, para tahsilâtçısı olarak hareket ederler. Oysa teslimat karşılığı ödeme yönteminde, mal teslim eden belgeler, banka adına değil; lojistik firmasının adına düzenlenmektedir. Bu durumda, ithalatçı, mal bedelini nakliye firmasının bankasına yatırdığında ya da bizzat nakliye firmasına ödediğinde, malı temsil eden belgeler, lojistik firması tarafından, ithalatçıya ciro edilmektedir (Bkz. HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 54; CANITEZ, s. 60; Ünal SOMUNCUOĞLU, “**Vesaik Mukabili İhracatta Mal Bedelinden Doğan Sorumluluklar**”, İBD, C.63, S.4–5–6, İstanbul 1989, s. 193). İkincisi ise, vesaik mukabili ödemede, malların bizzat teslimi karşılığında bir nakit ödeme değil; daha sonra malları gümrükten çekmede kullanılacak mülkiyet hakkını temsil eden belgelerin teslimi karşılığında nakit ödeme söz konusu olmaktadır (Bkz. HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 54).

<sup>8</sup> ÖZALP, s. 42; TEKİNALP, s. 646; CANITEZ, s. 56; Salih KAYA, **Uluslararası Bankacılık Uygulamaları**, 2. Bası, Ankara 2003, s. 73.

<sup>9</sup> Cemal ŞANLI/Nuray EKŞİ, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 80; Nuray EKŞİ, **Kambiyo Mevzuatında İthalat ve İhracat Hesapları ve Bu Hesapların Kapatılmamasına İlişkin Suçlar (Kambiyo Mevzuatı)**, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 25; YE-NİARAS, s. 133; Sibel ÖZEL, **Akreditif ve Hukuki Niteliği**, İstanbul 1991, s. 8; Nuray



**A. Amir (İhracatçı- Satıcı- Keşideci-Drawer-Exporter-Principal)**

TBK 522 sayılı Broşürün m. 3/a/i hükmünde ihracatçı, amir olarak ifade edilmiştir. İlgili hükme göre “*amir*”, bir tahsili işleme alması için, bir bankaya tevdi eden, başvuran taraftır. Bir diğer ifade ile amir, ithalatçı ile yapmış olduğu sözleşme uyarınca, malı sevkederek, malı temsil eden belgeleri hazırlayan ve bu belgeleri tahsil emri ile birlikte bankasına gönderen taraftır<sup>10</sup>.

**B. Gönderi/Havale Bankası (İhracatçının Bankası-Remitting Bank)**

TBK 522 sayılı Broşürün m. 3/a/ii hükmüne göre “*gönderi bankası*”, amirin tahsil işlemiyle görevlendirdiği bankadır. “*Tahsile gönderen banka*” olarak da adlandırılmaktadır. Gönderi bankası, ihracatçı tarafından seçilen bir bankadır. Gönderi bankasının görevi, ihracatçı tarafından kendisine verilen talimatlar uyarınca, kendisine tevdi edilen ve malı temsil eden belgeleri, ithalatçının ülkesindeki tahsil bankasına göndermek ve tahsil bankası tarafından tahsil edilen satış bedelinin de ihracatçıya ulaşmasını sağlamaktır<sup>11</sup>.

**C. Tahsil Bankası (Collecting Bank) - İbraz Bankası (Presenting Bank)**

TBK 522 sayılı Broşürün m. 3/a/iii hükmüne göre tahsil bankası, “*Tahsil işleminin yürütülmesinde devreye sokulan ve gönderi bankası dışındaki herhangi bir bankadır.*” Bir diğer ifade ile tahsil bankası, gönderi bankasının tahsil konusunda kendisine talimat verdiği bankadır. Tahsil bankası, amir tarafından belirlenir. Amirin böyle bir belirleme yapmaması durumunda ise, gönderi bankası, kendisinin ve diğer bir bankanın seçimiyle belirleyeceği, ödeme, kabul ve diğer şartların sağlanacağı ülkedeki herhangi bir bankayı kullanacaktır (TBK 522 sayılı Broşür m. 5/e).

İbraz bankası ise aynı hükümde, “*muhataba ibrazda bulunan tahsil bankası*” olarak ifade edilmiştir. Bir başka deyişle ibraz bankası, ihracatçının hazırladığı belgeleri ithalatçı için hazır bulunduran banka olarak ifade edilebilir. Ancak uygulamada, tahsil bankası ve ibraz bankasının görevlerinin aynı banka tarafından yürütüldüğüne rastlanılmaktadır<sup>12</sup>. Böyle bir durumda ise,

EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2010, s. 251.

<sup>10</sup> ERYÜREK, s. 24; ŞAHİN, s. 33; ÖZEL, s. 8; DURUKANOĞLU, s. 123; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 55; INTERBANK, s. 93; TEKİNALP, s. 648.

<sup>11</sup> ŞANLI/EKŞİ, s. 80; ŞAHİN, s. 33; ERYÜREK, s. 24; ÖZEL, s. 8; DURUKANOĞLU, s. 123; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 55.

<sup>12</sup> ŞANLI/EKŞİ, s. 80; ERYÜREK, s. 25; EKŞİ, *Kambiyo Mevzuatı*, s. 25; YENİARAS, s.

söz konusu banka “*the presenting bank*” olarak adlandırılır. Tahsil bankası, ödemenin yapılacağı ülkede değilse, ibraz bankası olarak bir başka banka devreye sokulabilir<sup>13</sup>. Bu durumda, ibraz bankası gönderi bankası tarafından belirlenir. Gönderi bankası, herhangi bir bankayı görevlendirmese; tahsil bankası kendi seçeceği bir ibraz bankasını kullanabilir (TBK 522 sayılı Broşür m. 5/f).

Tahsil bankası ile ibraz bankasının aynı banka olması durumunda, alıcının (ithalatçının) ülkesinde bulunan söz konusu banka, gönderi bankasının kendisine verdiği talimat doğrultusunda belgeleri alıcıya ibraz eder ve ithalatçıdan ya satış bedelini tahsil eder ya da poliçenin ithalatçı tarafından kabulünü sağlar<sup>14</sup>. Bu işlemlerin karşılığında ise, kendisine tevdi edilmiş malları temsil eden belgeleri, ithalatçının malları gümrükten çekebilmesi için ithalatçıya verir. Malları temsil eden vesaik çoğu zaman bu bankaya, gönderi bankası tarafından gönderilir. Ancak kimi zaman doğrudan doğruya ihracatçının ya da ihracatçının o ülkedeki temsilcisinin de, ilgili belgeleri, tahsil bankasına gönderdiği de görülebilir<sup>15</sup>.

#### **D. Muhatap (İthalatçı-Alıcı-Drawee/Importer)**

TBK 522 sayılı Broşür m. 3/b hükmüne göre muhatap, tahsil talimatı uyarınca kendisine ibrazın yapılacağı kişidir. Muhatap, uluslararası ticaret çerçevesinde yapılan sözleşme gereğince, sözleşme konusu malların alıcısını bir diğer ifade ile ithalatçıyı ifade etmektedir. Muhatap, kendisine ibraz edilen belgeler karşılığında ödemeyi veya poliçenin kabulünü gerçekleştirerek malları temsil eden belgeleri teslim alan taraftır<sup>16</sup>.

### **III. Vesaik Mukabili Ödemeye Uygulanacak Olan Hükümler**

#### **A. TBK 522 Sayılı Broşür Açısından**

Uluslararası ticarete kullanılan bir ödeme yöntemi olan, vesaik mukabili ödeme işlemi ile ilgili olarak, iç hukukumuzda ayrıntılı ve maddi kurallar içeren düzenlemeler söz konusu değildir. Bununla birlikte Türk Parasının Kıymetinin Korunması İle İlgili Tebliğlerde<sup>17</sup> bu tarz bir ödeme hak-

133; ÖZEL, s. 8; EKŞİ, s. 252.

<sup>13</sup> ŞANLI/EKŞİ, s. 81; EKŞİ, Kambiyo Mevzuatı, s. 25; EKŞİ, s. 252.

<sup>14</sup> ÖZEL, s. 8; DURUKANOĞLU, s. 123; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 55.

<sup>15</sup> INTERBANK, s. 93; ŞAHİN, s. 34.

<sup>16</sup> DURUKANOĞLU, s. 123; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 55–56; INTERBANK, s. 93.

<sup>17</sup> Bu anlamda Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin 91–32/5 Sa-

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

kında düzen normlarına yer verildiği görülmektedir. Dış ticarete yaygın bir ödeme türü olarak kullanılan vesaik mukabili ödeme şeklinde uygulanacak olan kuralları, yeknesak hale getirmek ve sınır ötesi ticarete bu hususa ilişkin ulusal düzenlemeler arasındaki farklılıklar nedeniyle doğabilecek problemleri önlemek amacıyla MTO tarafından ilk olarak 1956 yılında “*Ticari Senetlerin Tahsili İçin Yeknesak/Birörnek Kurallar*” yayımlanmıştır. Söz konusu yayın, 1967 yılında gözden geçirilerek 1968 yılından itibaren geçerli olmak üzere URC/TBK 254 sayılı Broşür olarak yayınlanıp, yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Broşür, 1978 yılında URC/TBK 322 sayılı Broşür olarak güncellenmiş ve 1 Ocak 1979’dan itibaren yürürlüğe girmiştir. Son olarak ise, 1995 yılında, vesaik mukabili ödeme şekline göre gerçekleştirilen dış ticaret işlemlerinde kullanılmak üzere URC/TBK 522 sayılı Broşür yayımlanmış ve 1 Ocak 1996’da yürürlüğe girmiştir. Halen yürürlükte olan Broşür de, TBK 522 sayılı Broşürdür<sup>18</sup>.

---

yılı Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair 2004–32/29 Sayılı Tebliğ’in m. 15/b ve c hükmüne göre, “*İhracat bedelleri, peşin ödeme, akreditifli ödeme, vesaik mukabili ödeme, mal mukabili ödeme ve kabul kredili ödeme şekillerinden birine göre yurda getirilerek bir bankaya veya özel finans kurumuna satılır.....İhracatta ödeme şekilleri ile transit ticarete ilişkin usul ve esaslar Merkez Bankası’nca belirlenir.*”

Yine TCMB tarafından yayınlanan, Türk Parasının Kıymetini Koruma Mevzuatının ithalata ilişkin hükümlerinin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller hakkındaki değişir sayfalı talimatı doğrultusunda çıkarılan 13 Mayıs 2003 tarih ve 2003/YB–42 sayılı genelgenin yeniden düzenlendiği 2004/YB–50 sayılı genelgenin 2.2. başlığına göre, *vesaik mukabili ödemede, uluslararası kurallar ile bankacılık teamülleri uygulanır. Vesaik mukabili ödeme şekline göre yapılacak ithalatta, sevki belgelerine istinaden yapılacak müracaat üzerine bankalarca mal bedelinin tahsilini müteakip transfer yapılır. Bu ödeme şeklinde ithalat hesabı, transfer tarihinden itibaren 180 gün içinde ithalatçının GB ile yapacağı başvuruya istinaden transferi yapan bankaca kapatılır. Vesaik bedelinin kısım kısım ödendiği durumlarda belgeler, ödemenin tamamının yapılmasını müteakip firmaya verilir ve 180 günlük hesap kapatma süresi son ödeme tarihinden itibaren hesaplanır.* Aynı genelgenin 5.1. başlığına göre, *Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Mevzuatına aykırı hareketten dolayı ithalattan men edilen firmalarca, men edilme tarihinden başlamak üzere men süresi içinde yapılacak akreditif talepleri, peşin ve vesaik mukabili ödeme şekline göre yapılacak transfer talepleri ile kabul kredili işlemler için poliçe kabul veya aval talepleri kabul edilmez. Ancak ithalattan men edilen firmalarca, yatırım teşvik belgesi ve dâhilde işleme izin belgesi kapsamındaki malların ithalatı gerçekleştirilebilir. Buna göre söz konusu firmaların, ithalattan men süresi içinde yapacağı talepler; ithalatın yatırım teşvik belgesi kapsamında olduğu hususunda firmalarca verilecek yazılı beyana istinaden, dâhilde işleme izin belgesi kapsamındaki işlemler için ise herhangi bir beyan aranmaksızın sonuçlandırılır. İthalattan men edilme tarihinden önce;* \* Açılmış akreditif kapsamındaki işlemler; \* Çıkış ülkesinden ihraç edilmiş mal veya vesaik mukabili işlemler (kabul kredili işlemler dâhil), \* Peşin olarak dövizli satılmış işlemler bankalarca sonuçlandırılabilir.

<sup>18</sup> ŞANLI/EKŞİ, s. 80; TEKİNALP, s. 647; DURUKANOĞLU, s. 127–128; EKŞİ, Kambiyo Mevzuatı, s. 24–25; YENİARAS, s. 132; Interbank, s. 97–98; EKŞİ, s. 251.

TBK 522 sayılı Broşür, toplam 26 maddeden oluşmaktadır. Söz konusu Broşürde, vesaikin tanımına, ihracatçının bankasına verdiği tahsil talimatında yer alması gereken hususlara, vesaikin ibrazına, tarafların sorumluluklarına, ödemenin yapılma şekline, komisyon ve masrafların taraflarına, vesaikin kabulüne ve poliçe ve senedin protesto ediliş şekline ilişkin hususlarda açıklamalar yer almaktadır<sup>19</sup>.

TBK 522 sayılı Broşürün hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ile sürülmeyle birlikte, MTO tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan ve ülkelerin iç hukukları açısından pozitif geçerliliği bulunmayan bu kuralları “*lex mercatoria*” olarak değerlendirmek mümkündür<sup>20</sup>. *Lex mercatoria*, uluslararası ticaretin, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız, onların üzerinde ve kendine özgü hukuk kurallarından oluşmaktadır<sup>21</sup>. Bu tür kurallar, taraflar arasında çıkabilecek olan uyuşmazlıklarda, hukuk kuralları gibi doğrudan uygulama alanı bulmazlar. TBK 522 sayılı Broşürün, dış ticarete gerçekleştirilen vesaik mukabili ödemelerde kullanılabilmesi için, tarafların vermiş olduğu yazılı talimatlarda açık ve net ifadelerle, işlemlerin TBK 522 sayılı Broşüre tabi olduğunu belirtmeleri gerekmektedir<sup>22</sup>. Nitekim Broşürün m. 1/a hükmüne göre, bu kuralların uygulanması, tahsil talimatında (m. 4) bu hususa açıkça yer verilmesi şartına bağlanmış ve bu kuralların ulusal hukukun emredici kurallarına aykırılık teşkil etmemesi halinde tüm taraflar için bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir. Tahsil talimatında uygulanmasına karar verilmiş ve uygulanacak olan hukukun emredici kurallarına aykırı olmayan TBK 522 sayılı Broşür kuralları, bu andan itibaren artık taraflar için bağlayıcı olarak kabul edilecektir<sup>23</sup>.

### **B. Uygulanacak Hukuk Açısından**

Vesaik mukabili ödeme türünde uygulanacak hukuk açısından, TBK 522 sayılı Broşür açık bir düzenleme getirmemekte ve bu konuda TBK 522

<sup>19</sup> DURUKANOĞLU, s. 128; İbrahim KAPLAN, **Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I**, Ankara 1996, s. 19.

<sup>20</sup> İlgili görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Vahit DOĞAN, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 2. Bası, Ankara 2005, s. 30 vd.. Doktrinde TEKİNALP, hakim görüşün TBK 522 sayılı Broşür’ü, genel işlem şartları şeklinde nitelendirdiğini ifade etmektedir. Bkz. TEKİNALP, s. 647.

<sup>21</sup> DOĞAN, s. 33; Arzu OĞUZ, “**Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği**”, AÜHFD (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 50, S. 3, Ankara 2001, s. 12.

<sup>22</sup> TEKİNALP, s. 647; DURUKANOĞLU, s. 128; DOĞAN, s. 36.

<sup>23</sup> ŞANLI/EKŞİ, s. 80; EKŞİ, *Kambiyo Mevzuatı*, s. 25; Cevat GERNİ, **Dış Ticaretin Finansmanı**, Ankara 1990, s. 27; EKŞİ, s. 251.

## **Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi**

sayılı Broşür'ün uygulanmasına tahsil talimatında açıkça yer verilmesi ve ulusal hukukun emredici kurallarına aykırılık teşkil etmemesi durumunda uygulanacağından söz etmektedir. Milletlerarası unsurlu bir ticari ilişki niteliği taşıyan vesaik mukabili ödeme türü, maddi anlamda milli hukukumuzda düzenleme altına alınmamıştır. Maddi olarak milli hukukta düzenlenmemiş olan bir konunun, kanunlar ihtilafı kuralı olarak MÖHUK'da (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun) düzenlenmiş olması da beklenemez<sup>24</sup>. Ancak TBK 522 sayılı Broşür'ün, ulusal hukukun emredici kurallarına aykırılı olmaması koşulu ile uygulanacağına ilişkin düzenlemesi karşısında, hangi ulusal hukukun emredici kurallarına göre hareket edileceği sorusu ile karşılaşılır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, vesaik mukabili ödeme türünde dört taraf bulunmaktadır ve bu taraflardan hangisinin ulusal hukukunun emredici kurallarının dikkate alınacağı hususu, konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu sorunun cevabının verilebilmesi için öncelikle, taraflar arasındaki ilişkilerin tek tek değerlendirilmesi ve tespit edilen hukuki ilişkilere uygulanacak olan hukukun belirlenmesi gerekmektedir.

### **1. Amir İle Muhatap Arasındaki İlişkiye Uygulanacak Hukuk**

Milletlerarası unsura sahip olan amir ile muhatap arasındaki ilişkiyi çoğu zaman bir satım sözleşmesi oluşturmaktadır<sup>25</sup>. Taraflar arasında yapılan bu sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşme sayesinde, amir, sözleşmenin konusu şeyi, sözleşmede belirtilen niteliklere uygun ve sözleşmede kararlaştırılan zamanda, muhatapın gümrüğüne gönderirken<sup>26</sup>; muhatap da, sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemek ile yükümlü olmaktadır.

Amir ile muhatap arasındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak olan hukukun tespitinde, taraflar arasında var olan ilişkinin yabancılık unsuru taşıması nedeniyle, milletlerarası özel hukukun bağlama kuralları dikkate alınacaktır. Bu anlamda uygulanacak hukukun tespitinde 5718 sayılı MÖHUK'un

<sup>24</sup> Uluslararası ticarete yaygın olarak kullanılan bir ödeme türü olan akreditif açısından bkz. DOĞAN, s. 171.

<sup>25</sup> Bununla birlikte söz konusu ilişkinin, eser, üstlenenin kendi malzemesiyle kendi yerine hazırlayıp vereceği eser teslimi sözleşmesi vs. olması da mümkündür (Bkz. TEKİNALP, s. 650).

<sup>26</sup> Vesaik mukabili ödeme türünün taraflarca kararlaştırıldığı durumlarda, ihracatçı, edimini (malları yükleyerek, bunları temsil eden belgeleri hazırlayıp gönderi bankasına vermesi) önce yerine getirmelidir. "Önce ifa", işin niteliğinden kaynaklandığı için, ihracatçının ödemezlik definden yararlanması söz konusu olamaz (BK m. 81). Bkz. TEKİNALP, s. 650.

“sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk” başlığını taşıyan m. 24 hükmü dikkate alınacaktır<sup>27</sup>. Vesaik mukabili ödeme yönteminde dikkate alınan TBK 522 sayılı Broşür’ün, MÖHUK m. 24 hükmüne göre tespit edilen uygulanacak hukukun emredici düzenlemelerine aykırılık teşkil etmesi durumunda ise, artık TBK 522 sayılı Broşür hükümleri, taraflar bu Broşür hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmış olsalar dahi, uygulama alanı bulmayacaktır.

## **2. Amir İle Gönderi Bankası Arasındaki İlişkiye Uygulanacak Hukuk**

Taraflar arasında yapılan satım sözleşmesinde, tarafların ödeme yöntemi olarak vesaik mukabili ödeme yöntemini tercih etmelerinin ardından, devreye gönderi bankası ve tahsil/ibraz bankası girecektir. Gönderi bankası, amirin bulunduğu ülkede yer alan ve uygulamada “*ihracatçının bankası*” olarak ifade edilen bankadır.

Amir ile gönderi bankası arasındaki hukuki ilişkinin tespiti konusunda, daha çok bu ilişkinin bir hizmet sözleşmesi mi yoksa bir vekâlet sözleşmesi mi olduğu hususu üzerinde durmak gerekmektedir.

Her ne kadar amir (ihracatçı/satıcı) için, TBK 522 sayılı Broşür’ün özgün İngilizce metninde “*principal*” (müvekkil, vekâlet veren) ifadesi kullanılmış olsa da, amir ile gönderi bankası arasındaki ilişkinin, BK m. 386 vd. anlamında vekâlet sözleşmesi niteliğini taşıdığını söylemek zordur. Taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet olarak nitelendirilememesinin en önemli sebebi,

<sup>27</sup> MÖHUK m. 24 hükmüne göre taraflar, aralarındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuku açıkça seçebilirler. Ancak açıkça hukuk seçiminde bulunmamış olsalar dahi, sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerli olarak kabul edilecektir (MÖHUK m. 24/I).

Taraflar, aralarındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuku seçmemişlerse, bu durumda uygulanacak olan hukuk, o sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak belirlenir (MÖHUK m. 24/IV). Akdın en sıkı ilişkili olduğu ülke hukukunun tespitine, sözleşmenin “*karakteristik edim*”i yardımcı olmaktadır (Bkz. Ergin NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 321). İlgili düzenlemede belirtilen en sıkı ilişkili hukukun tespiti, her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir durumdur (Bkz. EKŞİ, s. 35). Temelini genellikle bir satım sözleşmesinin oluşturduğu vesaik mukabili ödemelerde, karakteristik edim borçlusunun amir (ihracatçı/satıcı) olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle amir ile muhatap arasındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuk, taraflarca açık ya da zımnî olarak seçilmemişse, MÖHUK m. 24/IV hükmü gereğince, ihracatçının işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku; ihracatçının birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

vesaik mukabili ödemelerde, gönderi bankasının, amire karşı bağımsız olmasıdır. Gönderi bankası, amirin kendisine tahsil emrinde belirttiği şekilde hareket eder. Bu anlamda gönderi bankasının, tahsil emrinde amirin, tahsil bankasını belirlemesi durumunda, yalnızca bu banka ile çalışabileceği hususu da, gönderi bankasının amire karşı bağımsız olmadığının bir göstergesidir.

Amir ile gönderi bankası arasındaki ilişkinin, hizmet edimlerinin ağır bastığı, BK m. 313 vd. anlamında bir hizmet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkündür<sup>28</sup>. Vesaik mukabili ödemelerde, ilgili taraflar arasındaki ilişki, tahsil talimatının gönderi bankası tarafından kabulü ile birlikte başlar. Gönderi bankasının, ihracatçı tarafından gönderilen tahsil talimatını işleme alma zorunluluğu olmamakla birlikte (TBK 522 sayılı Broşür m. 1/b), bu talimatı kabul etmesinin ardından, amir ile gönderi bankası arasında hizmet sözleşmesinin başladığı da kabul edilir<sup>29</sup>. Gönderi bankasının, amir tarafından hazırlanan tahsil emrine uygun olarak hareket etme zorunluluğu; yapmış olduğu işlemler karşılığında, ihraç edilen satım konusu mal bedelinden kendisinin komisyon ücreti alabilme imkânının varlığı nedeniyle, taraflar arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkündür.

Amir, vesaik mukabili ödeme türünün tercih edildiği bir ihracat işleminde, gerekli belgelerin, tahsil bankasına gönderilmesi için, genellikle kendi ülkesinde bulunan gönderi bankasından yararlanmaktadır. Bu nedenle çoğu zaman, amirin bulunduğu ülkede faaliyet gösteren gönderi bankası ile amir arasında klasik anlamda yabancılik unsuru bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda, taraflar arasındaki ilişkinin klasik anlamda yabancılik unsuru taşıması ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Örneğin, amirin, yabancı ülke vatandaşı olması ya da yabancı ülkede ikamet ediyor olması gibi. Ancak her ne kadar taraflar arasında klasik anlamda yabancılik unsuru söz konusu olmasa da, taraflar arasındaki ilişkinin uluslararası ticaret hayatını ilgilendirdiği de bir gerçektir<sup>30</sup>. Çünkü amir tarafından hazırlanan ve tahsil bankasına ulaştırılması için gönderi bankasına teslim edilen belgeler, ithalatçı ile ihracatçı arasında yapılan satım sözleşmesi gereğince, ithalatçının malların bedelini ödeyerek, malları gümrükten çekebilmesi için düzenlenmektedir. Bu nedenle doktrinde, her ne kadar klasik anlamda kişi ve yer bakımından yabancılik unsuru taşımasa dahi, akdi ilişkinin, uluslararası ticari hayatı ilgilendirmesi du-

<sup>28</sup> TEKİNALP, s. 651.

<sup>29</sup> TEKİNALP, s. 651.

<sup>30</sup> Akreditif açısından bkz. DOĞAN, s. 176–177.



rumunda, tarafların irade muhtariyetinden yararlanarak, uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilecekleri ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

Kanaatimizce de her ne kadar çoğu zaman klasik anlamda yabancılık unsuru taşımasa dahi, amir ile gönderi bankası arasındaki ilişkinin, uluslararası ticari hayatı ilgilendirmesi nedeniyle, uygulanacak hukukun tespitinde kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde hareket edilebilmesi söz konusu olmalıdır. Taraflar arasındaki ilişki, hizmet sözleşmesi olarak değerlendirildiğinden bu konuda, MÖHUK'un özel olarak iş sözleşmelerine uygulanacak olan hukuku düzenlediği m. 27 hükmü dikkate alınmalıdır<sup>32</sup>. Amir ile gönderi bankası arasındaki işlemlerde, TBK 522 sayılı Broşür uygulama alanı bulduğu durumlarda, bu Broşür hükümlerinin, MÖHUK m. 27 hükmü çerçevesinde belirlenen uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırılık teşkil etmemesi gereklidir.

### **3. Gönderi Bankası İle Tahsil/İbraz Bankası Arasındaki İlişkiye Uygulanacak Hukuk**

Amir tarafından kendisine tevdi edilen malı temsil eden belgeleri, tahsil emri ekinde, tahsil bankasına gönderen gönderi bankası ile tahsil/ibraz bankası arasındaki hukuki ilişkinin tespit edilmesi de önemli sorunlardan birisini oluşturmaktadır. Gönderi bankası, çoğu zaman ihracatçının ülkesindeki bir banka; tahsil bankası ise, yine çoğu zaman, ithalatçının ülkesindeki bir bankadır ve ilgili bankalar arasında bir yabancılık unsuru söz konusudur. TBK 522 sayılı Broşür'ün bu bankalar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerinin, ulusal hukukun emredici kurallarına aykırılık teşkil edip etmediğinin belirlenebilmesi için öncelikli olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkinin nitelen-dirilmesi ve bu hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukukun tespiti gerekmektedir.

<sup>31</sup> DOĞAN, s. 177; Vahit DOĞAN, **Banka Teminat Mektupları**, 3. Bası, Ankara 2005, s. 319 vd.; Bilgin TİRYAKIOĞLU, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akıtle-rine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996, s. 7 vd..

<sup>32</sup> MÖHUK m. 27 hükmüne göre, amir ile gönderi bankası arasındaki uyumsuzluklar, gönderi bankasının mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olabilecektir (m. 27/I). Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde taraflar arasındaki ilişkiye, gönderi bankasının, işi ni mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. Gönderi bankasının işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz (m. 27/II). Gönderi bankasının, işi ni belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, amirin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir (m. 27/ III). Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir (m. 27/IV).



dir. Söz konusu tespite göre belirlenen hukukun emredici kurallarına aykırılık teşkil eden TBK 522 sayılı Broşür hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

Gönderi bankası ile tahsil/ibraz bankası arasındaki ilişkinin de, tıpkı amir ile gönderi bankası arasındaki ilişkide olduğu gibi, hizmet sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz<sup>33</sup>. Çünkü tahsil bankası, ancak kendisine gönderilen tahsil emrinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde hareket etmekle yükümlüdür ve bu anlamda, tahsil emrinde belirtilen ya da gönderi bankası tarafından kendisine bildirilen şekilde davranmaktadır<sup>34</sup>. Bununla birlikte, gönderi bankası, en fazla kendisinde bulunan yetkiler kadarını, tahsil bankasına devredebileceğinden<sup>35</sup>, gönderi bankasına ihracatçı tarafından yetki verilmemiş olan hususlarda; tahsil bankası, gönderi bankasının talimatlarına göre hareket edemez. Bankalar arasındaki ilişki, hizmet sözleşmesi olarak değerlendirildiğinden, uygulanacak hukukun tespitinde de, MÖHUK m. 27 hükmündeki düzenlemenin dikkate alınması gerekmektedir. Bu anlamda, gönderi bankasının karşısında olan bankanın, tahsil ya da ibraz bankası olması arasında da bir fark bulunmamaktadır<sup>36</sup>.

#### **4. Tahsil/İbraz Bankası İle Muhatap Arasındaki İlişkiye Uygulanacak Hukuk**

Tahsil bankası, gönderi bankası tarafından kendisine tevdi edilen ve malı temsil eden belgeleri, ithalatçıya, sözleşme konusu satım bedelini ödemesi karşılığında vermekte ve ithalatçıdan tahsil ettiği bedeli ise, gönderi ban-

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz. TEKİNALP, s. 652.

<sup>34</sup> Ancak doktrinde, tahsil bankası, ihracatçı tarafından tahsil emrinde belirtilmemiş ve bu konuda gönderi bankasına açıkça bir talimat verilmemiş olması nedeniyle, tahsil bankasının gönderi bankası tarafından belirlendiği durumlarda, gönderi bankası ile tahsil bankası arasındaki ilişkinin alt vekâlet ilişkisi niteliğinde olacağı savunulmaktadır. Bkz. TEKİNALP, s. 652.

<sup>35</sup> TEKİNALP, s. 652.

<sup>36</sup> MÖHUK m. 27 hükmüne göre, gönderi bankası ile tahsil/ibraz bankası arasındaki ilişkiler, tahsil/ibraz bankasının mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olabilecektir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde taraflar arasındaki ilişkiye, tahsil/ibraz bankasının, işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. Tahsil/ibraz bankasının, işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz (MÖHUK m. 27/II). Tahsil/ibraz bankasının, işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, gönderi bankasının, esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 27/III). Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir (MÖHUK m. 27/IV).

kası aracılığıyla ihracatçıya ulaştırmaktadır. Esasında tahsil bankası ile ithalatçı arasında doğrudan kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Aralarındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü hizmet sözleşmesinin en belirgin özelliklerinden birisini oluşturan bağımlılık unsuru, tahsil bankası ile ithalatçı arasındaki ilişkide yer almamaktadır. Tahsil bankası ile ithalatçı arasındaki ilişkiyi, asli edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendirmek mümkün olabilir<sup>37</sup>. Her ne kadar tahsil bankası ile ithalatçı arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi, MK md. 2'den kaynaklanan asli edim yükümlerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi teorisi nedeniyle, tarafların birbirlerinden talepte bulunabilmesi ve özellikle ithalatçının bankaya başvurabilme imkânı söz konusu olabilir<sup>38</sup>. Kaynağını MK md. 2'den alan bu teoriye göre, bir hukuki işleme yönelmeleri nedeniyle temas haline giren kişiler, birbirlerine doğru bilgi vermek, birbirlerini aydınlatmak, mal ve canlarına gelebilecek zarardan koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdürler<sup>39</sup>. Asli edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkilerinin doğması, taraf iradelerine bağlı değildir<sup>40</sup>. Her ne kadar taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi, taraflar arasındaki ilişkiye sözleşme hükümlerine ilişkin düzenlemelerin kıyas yolu ile uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle, MÖHUK m. 24 hükmü çerçevesinde taraflara uygulanacak hukukun tespiti ve tespit edilen bu hukukun emredici kurallarına aykırılık teşkil edip etmediğine göre de TBK 522 sayılı Broşür'ün uygulanması gerekmektedir.

<sup>37</sup> Tahsil bankasının, amirin düzenlemiş olduğu poliçeyi kabul etmesi durumunda, çoğu zaman banka ile muhatap arasında, poliçe bedelinin, poliçenin vadesinden önce tahsil bankasına ithalatçı tarafından ödeneceği kararlaştırılır. Bu nedenle her ne kadar tahsil bankası, poliçeyi ödemeyi kabul etmiş olsa da, bu bedel vadede kendisi tarafından ödenmemekte; vadeden önce ithalatçı tarafından poliçe bedeli, tahsil bankasına yatırılmaktadır. Böyle bir durumda, bankanın kabul etmesi, ithalatçıya bir itibar sağlamaktadır. Yoksa burada banka, ithalatçıya nakdi olarak bir imkân sunmamaktadır. Bankanın poliçeyi kabul ettiği ancak bedelin ithalatçı tarafından, poliçe vadesinden önce tahsil bankasına ödendiği durumlarda, tahsil bankası ile ithalatçı arasında hizmet sözleşmesinin var olduğu söylenebilir (Bkz. Üner DAĞ, “**Türk Hukukunda Kabul Kredisi**”, İBD, C. 59, S. 10–11–12, İstanbul 1985, s. 905). Ancak vadeden önce ithalatçı tarafından bankaya ödeme yapılmamasına rağmen, vadede poliçe borçlusu olarak görünen tahsil bankasının, poliçe bedelini ödemesi durumunda, tahsil bankası, ithalatçıya nakdi bir kredi sağlamış olacaktır. Bu durumda, ithalatçı ile tahsil bankası arasındaki ilişkinin de ödünç sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi gerekir.

<sup>38</sup> TEKİNALP, Ünal, **Banka Hukukunun Esasları (C.1)**, C. 1, İstanbul 1988, s. 487.

<sup>39</sup> TEKİNALP, C. I, s. 254; Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara 2009, s. 126–127.

<sup>40</sup> DEMİRCİOĞLU, s. 127.

#### **IV. Vesaik Mukabili Ödeme İşleminde Kullanılan Temel Kavramlar**

##### **A. Belgeler (Vesaik)**

Belgeler, TBK 522 sayılı Broşür m.2/b’de “*mali belgeler*” ve/veya “*ticari belgeler*” olarak tanımlanmıştır. *Mali belgeler* (*financial documents*) ile poliçeler, bonolar, çekler ve para ödemesinin sağlanması için kullanılan diğer benzer belgeler ifade edilmektedir. *Ticari Belgeler* (*Commercial Documents*) ile ise, faturalar, taşıma belgeleri, tasarruf (sahiplik) yetkisi veren belgeler ve diğer benzer belgeler veya mali belgeler olmayan diğer herhangi tür belgeler ifade edilmektedir<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> MÖHUK m. 7 hükmüne göre, hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. Bu nedenle vesaik mukabili ödeme yönteminin tercih edildiği durumlarda, düzenlenen belgelerin geçerli olup olmadığı düzenlendiği ülke hukukunun kurallarına göre, tespit edilecektir. Türkiye’de düzenlenen bir belgenin geçerliliği, el yazısı ile imzalanmış olması şartına bağlıdır. Bankaların, vesaik mukabili ödeme yönteminde, hukukî işlemlerin şekli anlamda geçerli olup olmadığının tespiti ve bu konuda varsa bir eksikliğin bildirilmesi konusunda öncelikli olarak TBK 522 sayılı Broşüre göre değil; ortada milletlerarası unsura sahip bir sözleşme söz konusu olduğundan, milletlerarası özel hukuk kurallarına dikkat etmeleri gerekmektedir (Bkz. DOĞAN, s. 243). İhracatçının Türkiye’de bu belgeleri düzenlemesi durumunda, her bir belgenin geçerli olarak düzenlenip düzenlenmediği konusunda, Türk hukukunda yer alan kuralların dikkate alınması gerekecektir. Örneğin, poliçe, bono ya da çekin hukuken geçerli olarak kabul edilebilmesi için, taşınması gerekli olan tüm zorunlu unsurları bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bu zorunlu unsurlardan birisini de keşidecinin/düzenleyenin imzası oluşturmaktadır. Söz konusu eksiklik, bu kâğıdın poliçe, bono ya da çek olarak nitelendirilmesinin önüne geçecektir (Bkz. TK m. 581, m. 582; m. 688, m. 689; m. 692, m. 693).

Fatura açısından konuya yaklaşmak gerekirse faturanın, vesaik mukabili ödeme yönteminde ihracatçı tarafından mutlaka imzalanması gerekip gerekmediği sorusuna verilecek olan cevap, imzalanması yönünde olmalıdır. Delil olarak kullanılacak bir belgeyi düzenleyen tacirin ticaret unvanı ve bu unvanı ile birlikte kullandığı imzanın faturada bulunması şarttır (Bkz. Oğuz Kürşat ÜNAL, **Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti**, 4. Bası, Ankara 2006, s. 72). Bu sonuca TK m. 41/1 hükmünden ulaşmak mümkündür. İlgili düzenlemeye göre, “*Her tacir, ticari işletmesine müteallik muameleleri ticaret unvanıyla yapmaya ve işletmesiyle ilgili senet ve sair evrakı bu unvan altında imzalamaya mecburdur.*”. Faturanın da, tacirin (konumuz açısından ihracatçının) işletmesi ile ilgili evraklar arasında yer aldığı dikkate alındığında, ihracatçı tarafından imzalanması mecburiyeti ortaya çıkacaktır. Kaldı ki, VUK m. 231/1, b. 5 hükmünde yer alan, “*Faturaların baş tarafında iş sahibinin veya namına imzaya mezu olanların imzası bulunur.*” ifadesi de bizi aynı sonuca götürmektedir. Faturayı düzenleyenin ticaret unvanını ve imzasını ihtiva etmeyen bir yazı, fatura olarak nitelendirilemez ve bu yazı herhangi bir belge vasfı da taşımaz (Bkz. ÜNAL, s. 74).

Taşıma senetlerinin şeklinin düzenlendiği TK m. 769 hükmünde, her ne kadar açıkça, gönderenin imzasından bahsedilmese de, tacir olan gönderenin (ihracatçının), işletmesine ilişkin bir evrak olan taşıma senedini de, TK m. 41/1 hükmü çerçevesinde imzalaması gerektiğinden söz edilebilecektir.

## B. Tahsil

Tahsil işlemi, mali ve/veya ticari belgelerle ilgili olarak alınan talimat uyarınca; ödemenin (payment) ve/veya kabulün (acceptance) sağlanması, ödeme ve/veya kabul karşılığında belgelerin teslimi ve diğer şartlara bağlı olarak belgelerin teslimi için bankalarca işleme alınması anlamına gelir (TBK 522 sayılı Broşür m. 2/a).

TBK 522 sayılı Broşür m. 2.'de, “*Temiz Tahsil/Adi Tahsil (Clean Collection)*” ve “*Belgeli Tahsil (Documentary Collection)*” olmak üzere iki tahsil türüne yer verilmiştir. “*Temiz Tahsil*”, ticari belgelerin eşlik etmediği mali belgelerin tahsilini ifade eder (m. 2/c). Bu tür tahsil işleminde, satıcının yetkilendirdiği banka, fatura ve taşıma senedi gibi malı temsil eden bir belge ibraz etmeksizin, nezdinde bulunan, alıcının düzenlediği çekin, bononun veya poliçenin bedelini tahsil eder. “*Belgeli Tahsil*”de ise, bankanın nezdinde malı temsil eden ticari senetler bulunur, tahsil bankası, parayı tahsil etmesi karşılığında bu belgeleri, ithalatçıya verir<sup>42</sup>. Belgeli tahsil, iki türdür. Bunlardan birincisi, ticari belgelerin eşlik ettiği mali belgelerin tahsili; ikincisi ise, mali belgelerin eşlik etmediği ticari belgelerin tahsili. Son durumda, banka nezdinde malı temsil eden belgeler, ithalatçının ödemeyi yapması üzerine, ithalatçıya verilmekte ve ithalatçı satın aldığı mallara ulaşmaktadır. Temiz tahsil, ihracatçının; belgeli tahsilin ikinci türü ise, ithalatçının lehinedir<sup>43</sup>.

## C. İbraz

İbraz, aldığı talimata uygun olarak ibraz bankasının belgeleri muhatap için hazır tutmasına ilişkin bir işlemdir (TBK 522 sayılı Broşür m. 5/a).

## D. Tahsil Talimatı (Tahsil Emri/Collection Order)

Tahsil talimatı, ihracatçı tarafından hazırlanarak gönderi bankasına verilen, vesaik karşılığı tahsilâtın şartlarını belirten anahtar belgedir. Tahsil talimatı, vesaik mukabili ödeme işleminin yürütülmesi bakımından (özellikle bankalar açısından) son derece önemli bir işleve sahip olduğu için özenle hazırlanmasında büyük fayda vardır<sup>44</sup>. Tahsil talimatı, hizmet edimlerini içeren ancak tahsilin gerçekleşeceği taahhüdüne yer vermeyen bir “*işgörme sözleşmesi*”dir. Türk hukukunda tahsil talimatına, BK'nın vekâlet ve hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır (BK m. 386 vd. ve m. 313 vd.). Bununla birlikte eser sözleşmesine ilişkin hükümler, bu talimata uygulanma açısından uygun değildir<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> TEKİNALP, s. 649.

<sup>43</sup> TEKİNALP, s. 649–650.

<sup>44</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 62.

<sup>45</sup> TEKİNALP, s. 650.

## V. Vesaik Mukabili Ödeme Türleri

### A. Ödeme/Tahsilât Karşılığı Vesaik Teslimi (Documents Against Payment “D/P”)

Bu ödeme türünde, tahsilât bankası, malları temsil eden belgeleri, ithalatçıya yalnızca, onun ödemeyi tam ve sözleşmeye uygun olarak yapması durumunda teslim etmektedir<sup>46</sup>. Vesaik mukabili ödemenin, ihracatçı açısından en güvenilir şekli bu yöntemdir<sup>47</sup>. Çünkü burada, ithalatçı malları gümrükten çekmeden önce, ihracatçı malların bedelini, tahsil bankası aracılığıyla tahsil etmiş olmaktadır<sup>48</sup>. Bu ödeme türünde, ihracatçı, parası kendi adına tahsil bankası tarafından teslim alındığı ve muhtemelen kendisine SWIFT (paranın elektronik araçlarla anında ihracatçının hesabına geçirildiği uluslararası para transfer sistemi) yoluyla ulaştırılacağı için güvendedir<sup>49</sup>.

Bu vesaik mukabili ödeme türünde, tahsil emrinde ihracatçı tarafından açıkça uygun görülümüşse, ithalatçının yerli para cinsinden de ödeme yapabilmesi mümkündür. Böyle bir ihtimalde, tahsil emrine, transfer anında kur farkının ithalatçı veya onun bankası tarafından garanti edilmesine yönelik bir şart da eklenebilir<sup>50</sup>.

Ödeme karşılığı vesaik teslimi türünde, uygulamada bazı alıcıların mallar gelinceye kadar, vesaikin teslim alınmasını ve dolayısıyla da bedelin ödenmesini geciktirdikleri görülmektedir. Bunun önüne geçilebilmesi için, ihracatçının tahsil emrinde açıkça “*ilk ibrazında (on first presentation)*” ödenmesi emrine yer vermesi yararına olacaktır<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> İhracatçının, vesaik mukabili ödeme yönteminde, mallara ilişkin belgeleri hazırlarken mutlaka bir poliçe düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, ihracatçının ödeme karşılığı vesaik tesliminde, *vadesiz (görülüşünde ödemeli/sight bill of exchange/draft) poliçe* düzenlemesi de mümkündür. Böyle bir ihtimalde, ithalatçı, vadesiz poliçede yazılı olan bedeli ödedikten sonra, belgeler tahsil bankasınca kendisine teslim edilir.

<sup>47</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 58; GÜRSOY, *Dış Ticaret*, s. 77; DİLEK, s. 11–12; SEYİDOĞLU, s. 366; İGEME, s. 149.

<sup>48</sup> Tahsil talimatında “D/P” kısaltması yer alıyorsa ya da “*ödeme karşılığı (belgelerin teslimi)*” kaydı veya benzer bir ifade yer alıyorsa, böyle bir ihtimalde, malı temsil eden belgeler ancak nakdi ödemenin yapılması halinde tahsil bankası tarafından ithalatçıya verilebilecektir (Bkz. TEKİNALP, s. 653; INTERBANK, s. 96).

<sup>49</sup> GERNİ, *Ödeme Yöntemleri*, s. 5.

<sup>50</sup> Cevat GERNİ, *Dış Ticarete Ödeme Yöntemleri (Ödeme Yöntemleri)*, Araştırma Merkezi, *Dış Ticaret Araştırma Dizisi*, No: 8–1989, s. 5.

<sup>51</sup> DURUKANOĞLU, s. 126; DİLEK, s. 12; INTERBANK, s. 96.

## B. Kabul Karşılığı Vesaik Teslimi/Kabul Kredili Vesaik Mukabili Ödeme (Documents Against Acceptance “D/A”)

Kabul karşılığı vesaik teslimi türünde (documents against acceptance)<sup>52</sup>, ithalatçının malları gümrükten çekebilmesi için gerekli olan vesaik, ithalatçıya, ihracatçı tarafından düzenlenen ileri tarihli (genellikle 30, 60 veya 90 gün) bir poliçenin<sup>53</sup>, ithalatçı tarafından kabul edilmesi karşılığında, tahsil bankası tarafından teslim edilir<sup>54</sup>. İthalatçı bu belgeler sayesinde, malları gümrükten çeker ancak, poliçeyi kabul etmesi sayesinde, malların bedelini daha sonra öder<sup>55</sup>.

İhracatçı tarafından ithalatçı adına düzenlenmiş olan poliçenin, ithalatçı tarafından kabul edilmesi durumunda “*ticari kabul (commercial acceptance)*” söz konusu olur<sup>56</sup>. Kabul edilmiş olan poliçe, tahsil bankasının elinde bulundurulur. Poliçenin vadesi geldiğinde, ödeme için ithalatçıya ibraz edilir ve ithalatçıdan yapılan tahsilât sonucunda, tahsil bankası parayı, gönderi bankasına, o da ihracatçıya iletir. Vesaik mukabili ödemenin bu türünde, ihracat-

<sup>52</sup> Tahsil talimatında “D/A” kısaltmasına ya da “*kabul karşılığı (belgelerin teslimi)*” ifadesine yer verilmişse böyle bir durumda, poliçenin muhatap (ithalatçı) tarafından kabulünün istendiği ortaya çıkacaktır (Bkz. TEKİNALP, s. 653).

<sup>53</sup> Kabul karşılığı vesaik tesliminde, ihracatçı daha çok iki tür vadeli poliçe düzenleme yoluna gitmektedir. Bunlardan birincisi, “*ibraz vadeli poliçe*”dir (X days sight bill of exchange/draft). Bu poliçe türünde, ithalatçı, kendisine belgelerin ibrazından itibaren belirli bir süre sonra, poliçe bedelini öder. Burada vade, ibraz tarihinden itibaren işlemeye başlar. Örneğin, belgelerin ithalatçıya ibrazından 60 gün sonra vadeli bir poliçe gibi. İkincisi ise, “*sabit vadeli poliçe*”dir. Bu poliçe türünde ise, belirli bir tarih, poliçenin vadesi olarak poliçe üzerinde yer almakta ve ithalatçı da poliçeyi bu şekliyle kabul etmektedir.

<sup>54</sup> Kabul kredili vesaik mukabili ödemede, ithalatçı, malların bedelini belirlenen ileri bir tarihte ödeyecek olduğundan ve bu arada malları satma imkânı söz konusu olduğundan, bu durum söz konusu ödeme türüne, dış ticaretin finansmanında kullanılan bir araç niteliği kazandırmaktadır (Bkz. SEYİDOĞLU, s. 367). Vadeli bir poliçenin düzenlenmesi ve ithalatçının kabul etmesi durumu esasında, ihracatçıya da bir finansman sağlamaktadır. Şöyle ki, bu poliçenin bankaya iskonto ettirilerek vadeden önce paraya çevrilme ihtimali de söz konusudur. Bu durum banka aleyhine de bir sonuç doğurmaz. Çünkü ihracatçı bu poliçeyi bankaya iskonto ettirirken, bankaya ciro yoluyla poliçeyi devretmekte ve kendisi de poliçenin ödenmemesi durumunda müracaat borçluları arasına girmektedir. Poliçe bedelinin ithalatçı tarafından ödenmemesi halinde, bankanın müracaat hakkı kapsamında ihracatçıya da başvuru hakkı bulunmaktadır. Ayrıca banka iskonto ettiği poliçe bedelini ödediği, ihracatçı kendi müşterisi olduğu için de, hesabının durumunu iyi bilmektedir (Bkz. GERNİ, s. 28; GERNİ, Ödeme Yöntemleri, s. 5–6; IGEME, s. 150).

<sup>55</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 58; TEKİNALP, s. 653; GÜRSOY, Dış Ticaret, s. 77; DİLEK, s. 13; GERNİ, Ödeme Yöntemleri, s. 5; SEYİDOĞLU, s. 367; IGEME, s. 149.

<sup>56</sup> İhracatçı tarafından banka adına düzenlenmiş olan poliçenin, banka tarafından kabul edilmesi durumunda ise, “*banka kabulü (banker’s acceptance)*” söz konusu olacaktır. Bkz. DURUKANOĞLU, s. 127; SEYİDOĞLU, s. 367.

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

çının tek güvencesi, elinde bulunan ithalatçı tarafından kabul edilmiş poliçedir. Ancak bu ödeme türünde, kabul karşılığında, malların mülkiyetini geçiren belgeler, ithalatçıya verildiğinden, ihracatçı ithalatçının poliçenin vadesinde bedeli ödememesi riski ile karşı karşıya kalabilir<sup>57</sup>. İhracatçı, bu tür bir yöntemde bedelin ödenmeme riskini en aza indirmek amacıyla, tahsil bankasının, poliçeye aval vermesini sağlamalıdır<sup>58</sup>. Aksi takdirde, ihracatçı, poliçenin ödenmemesi hususunda yüksek bir risk üstlenmiş olacaktır<sup>59</sup>. Kabul kredili vesaik tesliminde düzenlenen poliçeye banka tarafından verilen aval, poliçenin güvenilirliğini, teminat olma niteliğini artıracak gibi; onun dolaşımını da kolaylaştıracaktır<sup>60</sup>.

Vesaik mukabili ödeme açısından vadeli bir poliçenin de yer aldığı tahsil talimatında, belgelerin ödeme karşılığında mı yoksa poliçenin kabulü karşılığında mı teslim edileceğinin açıkça tahsil bankasına bildirilmiş olması gerekmektedir. Bu yapılmadığı sürece, tahsil bankası, malı temsil eden belgeleri yalnızca ödeme karşılığında teslim edebilir (TBK 522 sayılı Broşür m. 7)<sup>61</sup>.

Tahsil emrinde ayrıca faiz ödenmesi de yer alıyorsa<sup>62</sup>, bunun aynı zamanda tahsil emri ekindeki poliçe üzerine de yazılması gerekmektedir. Faiz tahsil edilecekse, tahsil emrinde ve poliçenin üzerinde faiz oranı ve sürenin de gösterilmesi gerekmektedir. İthalatçının faiz ödemeyi reddetmesi durumunda ise, tahsil bankası bu durumu, gecikmeksizin gönderi bankasına bildirir<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 58; DİLEK, s. 13; INTERBANK, s. 96.

<sup>58</sup> Aval, poliçe bedelinin tamamen ya da kısmen güvence altına alındığı bir kambiyo taahhüdüdür (TK md. 612/I, md. 690/III). Avalde, aval verene "avalist" denilmektedir ve avalist, kimin lehine aval vermişse onun gibi sorumlu olur. Avalin amacı, senet bedelinin ödeneceği konusunda hamile (ihracatçıya) ek bir güvence vermektir (Bkz. Hüseyin ÜLGEN/ Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul 2006, s. 137–138; İsmail KAYAR, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 2006, s. 102).

<sup>59</sup> CANİTEZ, s. 59; DİLEK, s. 13; DURUKANOĞLU, s. 126; INTERBANK, s. 96; GERNİ, *Ödeme Yöntemleri*, s. 5; İGEME, s. 150.

<sup>60</sup> DURUKANOĞLU, s. 127. Bankanın kabul ettiği ya da ithalatçının kabul edip bankanın aval verdiği poliçeler, likiditesi yüksek kısa süreli menkuller grubuna girmektedir. Bu anlamda özellikle bankaların kabul ettikleri poliçeler, bankalar tarafından çıkarılan devredilebilir mevduat sertifikalarına benzetilmektedir (Bkz. SEYİDOĞLU, s. 367).

<sup>61</sup> TEKİNALP, s. 653; DİLEK, s. 14.

<sup>62</sup> Faiz şartı yalnızca görüldüğünde ya da görüldüğünden belirli müddet sonra vadeli poliçelerde konulabilir. Bkz. TTK m. 587.

<sup>63</sup> DİLEK, s. 14.



### C. Ödeme Karşılığı Akseptans/Kabul Tahsilâtlı Vesaik Mukabili Ödeme

Ödeme karşılığı akseptans<sup>64</sup>, hem ödeme karşılığı vesaik teslimi hem de kabul karşılığı vesaik teslimi türlerine ait özellikleri bünyesinde barındırır<sup>65</sup>. Bu ödeme türünde, tahsil bankası, ithalatçıya bir akseptans poliçesi sunar. Akseptans poliçesi, ithalatçı tarafından kabul edilir ve vadeye kadar, malı temsil eden belgelerle birlikte tahsil bankasında kalır. İthalatçı, vadesi geldiğinde poliçe bedelini öder. Tahsil bankası bu ödemenin ardından, sözleşmede kararlaştırılan malın mülkiyet hakkını devralan alıcıya, akseptansı teslim eder. Bu vesaik mukabili ödeme türü, ödeme karşılığı vesaik tesliminden farklı olarak ithalatçıya, sözleşme konusu bedeli ödemek için zaman sağlar; ancak kabul karşılığı vesaik tesliminden de farklı olarak, ithalatçı, ödeme yapıncaya kadar, malların mülkiyeti ihracatçı üzerinde kalmaya devam eder. Bu durum ise, ihracatçının güven altında olmasını sağlar<sup>66</sup>. Eğer ithalatçı, poliçenin kabulünü reddeder ya da vadesi geldiğinde poliçe bedelini ödemekten kaçınırsa, bu durumda malların mülkiyeti hala ihracatçıda olduğundan; ihracatçı, mallarını satmak için yeni anlaşmalar yapma imkânına sahip olur. Bununla birlikte, bu tarz vesaik mukabili ödeme türüne uygulamada nadiren rastlanılmaktadır<sup>67</sup>.

### D. Taahhütname Karşılığı Vesaik Teslimi

Vesaik mukabili ödeme türlerinden bir diğeri de, ithalatçının malları gümrükten çekmesini sağlayacak olan ilgili belgelerin, bir taahhütname karşılığında, ithalatçıya teslim edildiği yöntemdir. Burada ödeme aracı olarak nakit para ya da vadeli bir poliçe kullanılmamakta; ödeme taahhüdü karşılığında, malı temsil eden belgeler, ithalatçıya teslim edilmekte ve böylece ithalatçı malları gümrükten çekebilmektedir. Söz konusu “*ödeme taahhüdü*”, ihracatçı ve ihracatçının bankası olan gönderi bankası tarafından düzenlenmiş olan bir ödeme söz verisinin, tahsil bankası tarafından, ithalatçıya kabul ettirilmesinden başka bir şey değildir. İhracatçı bu yöntemle, sözleşme bedelinin ithalatçı tarafından ödenmesini güvence altına almaya çalışmaktadır<sup>68</sup>. Ancak ithalat-

<sup>64</sup> “Poliçelerin üzerine “*kabulümdür*” biçiminde yazılarak altı imzalanmış açıklama”.

Bkz. <http://www.dictionarist.com/nedir/akseptans> ; <http://www.anlambilim.net/akseptans-nedir-3765.htm>

<sup>65</sup> Bu ödeme türüne, “*kabul tahsilâtlı vesaik mukabili ödeme*” de denilmektedir. Bkz. CANİTEZ, s. 59–60.

<sup>66</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 59; CANİTEZ, s. 60.

<sup>67</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 59.

<sup>68</sup> CANİTEZ, s. 60; GÜRİSOY, Dış Ticaret, s. 77; İTERBANK, s. 97.



## Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi

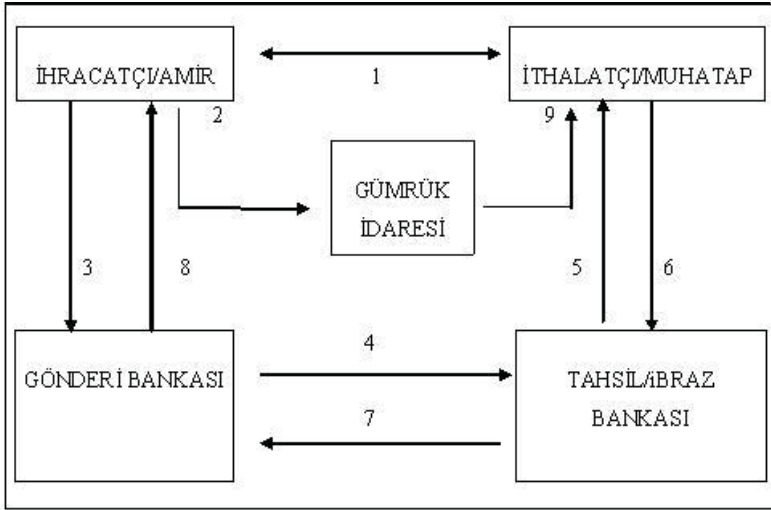
çının verdiği taahhütnameyi de içeren bu ödeme yönteminin, ihracatçı açısından çok da güvenilir bir yöntem olduğunu söylemek zordur<sup>69</sup>.

### E. Banka Garantisi Karşılığı Vesaik Teslimi

Bu vesaik mukabili ödeme türünde ise, mal bedelinin güvence altına alınması için, ihracatçının isteği üzerine, ithalatçıya, yapılan sözleşme uyarınca teslim edilecek olan belgeler, ancak bir banka garantisi var ise, tahsil bankası tarafından teslim edilir<sup>70</sup>. Bu vesaik mukabili ödeme türü esasında, vadeli poliçenin ithalatçı tarafından kabulünün ardından bankanın aval verdiği ödeme türüne de benzerlik göstermektedir. Ancak banka avalu, poliçe üzerine ithalatçı adına geçerli bir bankanın vermiş olduğu ödeme taahhüdü olduğu halde; banka garantisi, vesaik bedelinin belirlenen tarihte ithalatçı tarafından ödeneceğinin ithalatçı adına taahhüt edilmesidir<sup>71</sup>.

### VI. Vesaik Mukabili Ödemenin İşleyişi

Vesaik mukabili ödemenin işleyişini, bir tablo ile göstermek gerekirse, ortaya aşağıdaki gibi bir sonuç çıkacaktır<sup>72</sup>.



<sup>69</sup> DİLEK, s. 15.

<sup>70</sup> Banka garantilerinin bazıları, teslim edilen mallarla ilgili ödemenin tamamen teminat altına alınmasını temin eder niteliktedir (payment guarantee). Böyle bir ihtimalde, ihracatçı, malları teslim etmesine rağmen, satım bedelini alamadığını beyan eden ilk yazılı talebi ile birlikte, garanti tutarının nakde dönüşmesini temin edebilir. Ancak bazılarında ise, garantinin nakde dönüşmesi, yüklemenin yapıldığını ve ithalatçının malları çektiğini temsil eden belgelerin ibrazına bağlı tutulur (Bkz. DİLEK, s. 15).

<sup>71</sup> DİLEK, s. 14.

<sup>72</sup> Vesaik mukabili ödeme yönteminde işleyişi anlatan bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD., 22.01.2007 T., E. 2005/13656, K. 2007/586 (Kazancı İçtihat Bankası).

Vesaik mukabili ödemede işleyiş şu şekilde gerçekleşmektedir<sup>73</sup>:

1) İhracatçı ile ithalatçı arasında uluslararası ticaret kapsamında bir satım sözleşmesi imzalanır. Bu sözleşmede ayrıca tarafların ödeme şekline de karar vermeleri gerekir. Ancak ödeme şekline ilişkin taraflar arasında yapılan anlaşmada, ödeme yöntemi açıkça kararlaştırılabileceği gibi; bu konuda zımnen anlaşma sağlanmış olması da mümkündür<sup>74</sup>. Taraflar arasında yapılan anlaşmada aynı zamanda, vesaik mukabili ödemenin bir gereği olarak, tahsil/ibraz bankası da belirlenir. Bu banka genellikle, ithalatçının bankasıdır. Taraflar arasında yapılan anlaşmada son olarak, gereken belgelerin listesi de oluşturulur.

2) Akreditifin aksine, vesaik mukabili ödemede, ödeme işlemi, ihracatçının (satıcının) eylemi ile başlamaktadır<sup>75</sup>. İhracatçı, satım sözleşmesinde belirtilen şekilde malları gönderir. İhracatçı, nakliye firmasından/acente-sinden aynı zamanda ciro edilebilir bir taşıma belgesi de alır. Mallar, ithalatçı firmanın gümrüğüne gelir. Ancak vesaik mukabili ödeme şeklinde, ithal konusu olan malların, ithalatçının ülkesine gelmiş olması bir şart olarak değerlendirilmemelidir. Bu ödeme yönteminde, ihracatçı, sevk ettiği mallar karşılığında, bu malların sevk edildiğini gösteren belgeler (vesaik) karşılığında, bir kredi kullanmaktadır<sup>76</sup>.

3) İhracatçı, malın sevkiyatına ilişkin belgeleri ve diğer gerekli belgeleri<sup>77</sup>, gönderi bankasına tevdi eder ve bunların ithalatçıya ulaştırılması ister. İhracatçı, göndermiş olduğu belgelerin hangi şartlar altında, ithalatçıya teslim edileceği ve hangi şartlarla meblağın tahsil edileceğini belirten tahsil talimatı-

<sup>73</sup> YENİARAS, s. 133; DURUKANOĞLU, s. 122–123; Murat TÜRKSEVER, **Uluslararası Ticarete Kullanılan Teslim ve Ödeme Şekilleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü, Haziran 1996, s. 26; TEKİNALP, s. 648–649; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 56–58; CANITEZ, s. 56–57; Ali DÖLEK, **Mevzuat İşığında Dış Ticaret İşlemleri ve Piyasa Uygulamaları**, İstanbul 1999, s. 84; INTERBANK, s. 91–92; EKŞİ, Kambiyo Mevzuatı, s. 26; ŞANLI/EKŞİ, s. 81; GÜRSOY, s. 102; SEYİDOĞLU, s. 369–370; GÜRSOY, Dış Ticaret, s. 76–77; AKIN, s. 172; ÖZALP, s. 43–44; EKŞİ, s. 252–253.

<sup>74</sup> TEKİNALP, s. 648.

<sup>75</sup> TEKİNALP, s. 648; GÜRSOY, Dış Ticaret, s. 77; YASER, s. 102.

<sup>76</sup> İGEME, s. 149. Özellikle, belgelerin ibrazı anında yapılan ödemeler açısından bu sonuca varmak mümkündür.

<sup>77</sup> Diğer belgelerin kapsamına, alıcı tarafından istenen sigorta belgesi, menşe şahadetnamesi, uluslar arası gözetim şirketlerinden alınmış olan gözetim raporu gibi belgeler girmektedir. Bkz. HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 56.

## Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi

nı (tahsilât emrini)<sup>78</sup> de gönderi bankasına ulaştırır<sup>79</sup>. Bu ödeme şeklinde, yük-leme ile ilgili tüm belgelerin asıllarının (taşıma belgesi, menşe ispat belgesi, fatura, ATR, EURO 1 vb.), gönderi bankası aracılığıyla, tahsil bankasına gönderilmesi gerekmektedir<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Tahsil talimatının içermesi gereken bilgilerin neler olduğu “*Tahsil Talimatı*” başlığını taşıyan TBK 522 sayılı Broşür m. 4’de düzenlenmiştir. Bir tahsil talimatı duruma uygunluğuna göre aşağıdaki bilgileri içermelidir:

1. Tahsilin alındığı bankanın tam ismi, posta ve SWIFT adresleri, teleks, telefon, faks numaraları ve referansı dâhil ayrıntıları,
2. Amirin tam ismi, posta adresi ve duruma göre teleks, telefon ve faks numaraları dâhil ayrıntıları,
3. Muhatabın tam ismi, posta adresi veya ibrazın yapılacağı ikametgâhın ve duruma göre teleks, telefon ve faks numaraları dâhil ayrıntıları,
4. İbraz bankası varsa bu bankanın tam ismi, posta adresi ve duruma göre teleks, telefon ve faks numaraları dâhil ayrıntıları,
5. Tahsil edilecek tutar(lar) ve döviz cinsi/ cinsleri
6. Eklenen belgelerin listesi ve her belgenin sayısal dökümü
7. a) Ödeme ve/veya kabulün sağlanmasına ilişkin şartlar,  
b) Belgelerin teslimine ilişkin şartlar: **ba)** Ödeme ve/veya kabul karşılığında teslim **bb)** Diğer şartlar karşılığında teslim
8. Tahsil edilecek masraf ve komisyonlar ve bunlardan vazgeçilip geçilmeyeceği,
9. Faiz söz konusu ise, faiz oranı, faiz dönemi, hesaplama esası (örneğin bir yılda 360 veya 365 gün) dâhil tahsil edilecek faizin tutarı ve bundan vazgeçilip geçilmeyeceğinin belirtilmesi,
10. Ödeme yöntemi ve ödeme bildirimimin biçimi,
11. Ödememe, kabul etmeme ve/ veya diğer şartları yerine getirmeme hallerinde izlenecek yola ilişkin talimat.

Tahsil talimatı, yukarıda belirtilen hususlardan başka, muhatabın veya ibrazın yapılacağı ikametgâhın tam adresini de içermelidir. Adresin eksik veya yanlış olduğu hallerde ise, doğru adresin tahsil bankası tarafından araştırılması da mümkündür. Fakat böyle bir durumda bankanın herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. (TYK.m.4/c) Talimatta ayrıca, muhatap tarafından yapılacak herhangi bir eylemin tam olarak hangi süre içinde yapılması gerektiği de belirtilmelidir (TBK 522 sayılı Broşür m.5/a). Söz konusu süre tayin edilirken, “*çabuk, derhal, birinci*” gibi ifadeler kullanılmışsa bankalar bu tür ifadeleri dikkate almayacaklardır (bkz. TBK 522 sayılı Broşür m. 5/b).

<sup>79</sup> Bu talimatta, genellikle şu ifadelere yer verilir: “*X ülkesinde yerleşik ..... Firmasına .././.... Tarih uyarınca yaptığımız ihracatın bedeli .....Dolar/Euro olup, orijinal evrak ekte yer almaktadır.*

*Anılan evrakın ithalatçının bankası/tahsil bankası olan ..... Bank’a DHL ile gönderilmesi ve bedelinin tahsili/poliçenin kabulü ve tahsil/muhabir bankası tarafından aveli suretiyle evrakın alıcıya teslimi hususunun sağlanması saygıyla rica olunur.*

..... Firması

EKLER:.....”

Bkz. Atilla BAĞRIAÇIK/Seyfettin KANDEMİR, **Dış Ticarete Uygulamalı Akreditif İşlemleri**, İstanbul 1995, s. 73–74.

<sup>80</sup> Burada unutulmaması gereken husus, taşıma belgelerinin (konişmento, hava konişmentosu, nakliyeciyi makbuzu vb.) alıcı firma (ithalatçı) yerine, tahsil bankası adına düzenlenmesi gerektiğidir. Konişmentoda yer alan “*gönderilen (consigee)*” kısmına ithalatçının bankası (tah-

İhracatçı, gönderi bankasına tevdi ettiği tahsil talimatında vesaik mukabili ödemeler ile ilgili olarak MTO tarafından yayınlanan TBK 522 sayılı Broşür'ün dikkate alınacağını da ayrıca belirtmelidir (TBK 522 sayılı Broşür n. 4/a). Vesaik mukabili ödeme yönteminden kaynaklanan herhangi bir sorunun uluslararası platformda çözülebilmesi için dayanılması gereken belgeler, TBK 522 sayılı Broşür ve alıcı ile satıcı arasında yapılan satım sözleşmesidir. Özellikle ihracatçı firmaların bu hususa ayrıca önem göstermeleri gerekmektedir<sup>81</sup>.

4) Gönderi bankası ilgili belgeleri, “*römiz mektubu (remittance letter)*”<sup>82</sup> ekinde, posta veya kurye yoluyla ithalatçının ülkesindeki tayin edilmiş tahsil/ibraz bankasına gönderir<sup>83</sup>. Gönderi bankası, römiz mektubu ekinde, ilgili belgelerin bedel ödendikten ya da poliçe kabul edildikten sonra ithalatçıya teslim edilmesi gerektiğini belirtir. Ancak, gönderi bankası, bazı durumlarda, tahsilât emrini ve malı temsil eden belgeleri doğrudan tahsil banka-

---

sil bankası); “*bilgi verme (nofity)*” kısmına ise, ithalatçının adı yazılır. Tahsil bankası tarafından, malın bedelinin tahsilinden sonra, malı temsil eden diğer belgelerin yanı sıra, konişmento da ithalatçıya verilir. Ancak konişmento, banka adına düzenlenmiş olduğundan, ithalatçıya teslim edilirken, banka tarafından, ithalatçıya ciro edilmesi gerekir. Yapılan bu ciro sonucunda, ithalatçı söz konusu belgeyi kullanabilir ve malların alıcısı sıfatını kazanır (Bkz. BAĞRI-AÇIK/KANDEMİR, s. 68; TÜRKSEVER, s. 27; İGEME, s. 149; SEVEN, s. 449). Gönderilen kısmına, ithalatçının isminin yazıldığı durumlarda, ithalatçı bu belgeyi hiçbir işlem yapmadan alabilir. Ancak bu durum vesaik mukabili ödeme yönteminin mantığına ters düşmektedir (Bkz. TÜRKSEVER, s. 27). Konişmentonun, ithalatçı adına düzenlendiği ya da doğrudan mallarla birlikte gönderildiği durumlarda, işlem mal mukabili ödeme şekline dönüşmüş olacaktır. Bu şekilde işlem yapılması istendiğinde yapılması gereken ödeme şeklinin mal mukabili (open account-açık hesap) ödeme şekli olacağı gözden kaçırılmamalıdır (Bkz. DURUKANOĞLU, s. 123).

Bununla birlikte Yargıtay, Türk şirketi tarafından Almanya’da yerleşik şirkete gönderilen emtiayı taşıma işinin taşıyıcı tarafından yapıldığı ve taşıyıcı tarafından malların, gerekli belgeler alınmadan şirkete teslim edildiği bir olayda, vesaik mukabili ödeme yönteminden söz etmiştir. Bkz. Y. 11. HD. 01.05.2006 T. E. 2005/5001, K. 2006/4963 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>81</sup> DURUKANOĞLU, s. 123.

<sup>82</sup> “*Römiz mektubu, satıcı bankanın ihracat dokümanlarını satıcıdan aldığı zaman düzenlediği açıklayıcı mektuptur. Bu mektupta hangi dokümanların alıcıya gönderildiği, alıcı ile ilgili bilgiler, satıcı ile ilgili bilgiler, satıcı veya alıcı bankasının isimleri, dokümanların neyin karşılığında alıcıya teslim edileceği mal ile ilgili kısa açıklamalar yer alır.*”

Bkz. YETİK, (<http://www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/55/8.html>); CANI-TEZ, s. 57.

<sup>83</sup> Gönderi bankasının, ithalatçının bulunduğu yerde şubesi olması durumunda, ihracatçının (amirin) de uygun görmesi şartıyla, gönderme ve ibraz işlemlerinin de aynı banka (gönderi bankası) tarafından yapılması mümkündür. Böyle bir durumda, aracı bankaların sayısı bire düşmektedir. Bkz. ERYÜREK, s. 25; ÖZEL, s. 8.

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

sına göndermek yerine, “*muhabir banka*” olarak adlandırılan bir aracı bankayı kullanmayı da tercih edebilir. Bu duruma daha çok, tahsil bankasının çok küçük olduğu veya tahsil bankası ile gönderi bankası arasında kurulmuş bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda rastlanılmaktadır<sup>84</sup>.

Tahsil bankasına gönderilmek üzere gönderi bankasına verilen tahsil talimatının hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde açık ve kesin olması gereklidir. Zira belgelerin teslimine ilişkin şartların açık ve net biçimde ifade edilmesini sağlamak, tahsil talimatını hazırlayan tarafın (ihracatçının) sorumluluğundadır. Aksi takdirde bundan kaynaklanan sonuçlardan bankalar sorumlu olmayacaklardır (TBK 522 sayılı Broşür m. 4/b). Bununla birlikte, gönderi bankasının, iyiniyetle hareket etme yükümlülüğü kapsamında aldığı vesaikin, tahsil talimatında belirtilenlere uygun olup olmadığını makul derecede dikkat göstererek incelemek ve eksikliğin tespiti halinde keyfiyeti derhal amire bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>85</sup>.

**5) ve 6)** Tahsil bankası, bir ihbar mektubu düzenler ve ithalatçıya gönderir. İthalatçıya hitaben yazılan ve vesaikin geldiğini haber veren ihbar mektubu üzerine ayrıca “*MTO TBK 522 sayılı Broşüre tabidir*” ibaresinin de yer alması gerekir. Tahsil bankası, tahsil emrinde kendisine bildirilen duruma uygun hareket eder ve bunun sonucunda malı temsil eden belgeleri, ithalatçının bedeli ödemesi ya da ileri tarihli poliçeyi kabul etmesi karşılığında<sup>86</sup>, malları gümrükten çekebilmesi için, ithalatçıya teslim eder. Banka, tahsil emrine uygun olduklarından emin olmak için belgeleri dikkatle inceler<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 58; CANITEZ, s. 57.

<sup>85</sup> TEKİNALP, s. 651; ERYÜREK, s. 24.

<sup>86</sup> Vesaik tesliminin ödeme karşılığı mı yoksa kabul karşılığı mı yapılacağına, ihracatçı (amir) tarafından, tahsil talimatında belirtilmediği durumlarda, vesaik alıcıya ancak ödeme karşılığında teslim edilir (TBK 522 sayılı Broşür m. 7).

<sup>87</sup> Tahsil emri iki şekilde olabilir: Bunlardan birincisine göre, ilgili belgeler, ödeme karşılığında ithalatçıya teslim edilir (documents against payment). Bu durumda, ithalatçı, malların bedelini ödmeden, ilgili belgeleri alamaz ve dolayısıyla da malları temsil eden belgeleri alamadığı için, malları gümrükten çekemez; hâkimiyeti altına alamaz (TBK 522 sayılı Broşür m. 7/a). İkincisine göre ise, ilgili belgeler, ileri tarihli poliçenin ithalatçı tarafından kabulüne bağlı olarak teslim edilir (documents against acceptance). Böyle bir ihtimalde, ihracatçı (amir), muhatabın ibraz bankasına gelip kabul etmesi için malların satım bedeli tutarında bir poliçe keşide eder ve bu poliçeyi de ithalatçıya ulaştırılması için, malları temsil eden diğer belgelerle birlikte gönderi bankasına tevdi eder. Gönderi bankası tarafından, tahsil bankasına verilen belgeler, ithalatçının poliçeyi kabul etmesi üzerine, ithalatçıya teslim edilir. Poliçeyi kabul eden ithalatçı, malı temsil eden belgeleri alır ve böylece mallara ulaşır. İhracatçı, düzenlemiş olduğu poliçeyi ithalatçının kabulünün yanı sıra ayrıca bankanın aval vermesini de isteyebilir (TBK 522 sayılı Broşür m. 7/b ve m. 7/c). Böyle bir durumda ise, ithalatçının

Tahsil bankası, ithalatçının vesaik mukabili ödeme şeklinde, satım bedelini ödememesi veya ileri tarihli düzenlenmiş olan poliçeyi kabul etmemesi durumunda, söz konusu hususu, gecikmeksizin gönderi bankasına bildirmelidir<sup>88</sup>. Gönderi bankasının bu bildirimden sonra, tahsil bankasına belgelerin bundan sonra tabi olacağı durum hakkında gerekli talimatı vermesi gerekmektedir. Tahsil bankası tarafından yapılan bildirimden (bankaya ihbar ettiği yazı tarihinden) itibaren altmış (60) gün içinde gönderi bankası tarafından söz konusu talimat verilmezse, tahsil bankası, malı temsil eden belgeleri hiçbir sorumluluğu olmaksızın gönderi bankasına iade edebilir (TBK 522 sayılı Broşür m. 26/c, iii).

7) Tahsil bankası, ithalatçıdan peşin olarak tahsil edilen meblağı ya da ithalatçının ileri tarihli poliçeyi kabul etmesi durumunda, kabul edilmiş poliçenin vade tarihinde tahsil edilen meblağını, komisyon ve masraflar mahsup edildikten sonra gönderi bankasına iletir (TBK 522 sayılı Broşür m. 16/a).

Kabul kredili vesaik mukabili ödeme türünde, tahsil talimatının ekinde yer alan poliçenin, kabul edilmiş olmasına rağmen vadesinde ödenmemesi ihtimalinde ise, protesto düzenletilmesi son derece önem arz etmektedir<sup>89</sup>. Bu nedenle, tahsil talimatında yer alan poliçe ve diğer belgelerin, protesto şartıyla birlikte tahsile verilmesi, ihracatçının yasal takibe geçebilmesi açısından önemlidir<sup>90</sup>. Ancak, poliçenin kabul edilmemesi veya ödenmemesi durumunda tahsil bankasının protesto çekebilmesi için, kendisine bu konuda açık talimat verilmiş olması gerektiği unutulmamalıdır. Aksi takdirde, tahsil ban-

---

poliçeyi kabul etmesi ve bankanın aval vermesinin ardından belgeler ithalatçıya teslim edilir ve mallar gümrükten çekilir (Bkz. ŞANLI/EKŞİ, s. 81–82).

İhracatçı, bankadan aval istemek yerine, poliçenin ithalatçının ülkesindeki bir banka tarafından kabul edilmesini de şart koşabilir. Böyle bir durumda poliçeyi kabul eden banka, ithalatçıya “*kabul kredisi*” açmış sayılır. Kabul kredisinde ithalatçının vade bitiminden önce poliçe bedelini, bankaya ödemesi şart koşulur. Burada da amaç, ihracatçının kendisini güvence altına almasıdır (Bkz. KAYA, s. 73).

<sup>88</sup> DİLEK, s. 10.

<sup>89</sup> Vesaik mukabili ödemelerde, protestonun gündeme gelebilmesi için, aşağıdaki üç durumdan birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir: **a.** Görüldüğünde ödemeli (vadesiz/at sight) bir poliçenin, tahsil bankası tarafından ithalatçıya ibraz edilmiş olmasına rağmen, onun tarafından ödenmemesi. Bu durumda, düzenlenecek olan protesto, “*ödememe protestosu*” olacaktır. **b.** Vadeli bir poliçenin, ithalatçı tarafından kabul edilmemesi. Bu durumda düzenlenecek olan protesto, “*kabul etmeme protestosu*” olacaktır. **c.** Vadeli bir poliçenin kabul edilmiş olmasına rağmen, vadesinde tahsil bankasına bedelin ödenmemesi. Bu durumda düzenlenecek olan protesto, “*ödememe protestosu*” olacaktır (Bkz. DURUKANOĞLU, s. 126).

<sup>90</sup> DURUKANOĞLU, s. 126.

## ***Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi***

kasının protesto düzenlettirme veya başka bir yasal işleme başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır (TBK 522 sayılı Broşür m. 24)<sup>91</sup>. Böyle bir talimatın verilmediği durumlarda, tahsil bankası, gecikmeksizin gönderi bankasını durumdan haberdar etmelidir<sup>92</sup>. Protesto ve diğer işlemlerin giderleri, talimatı veren tarafa ait olacaktır (TBK 522 sayılı Broşür m. 24/III). Ancak bu masrafların, protesto ardından başlanılacak olan hukuki takip sonucunda, ithalatçıdan geri alınması mümkündür.

8) Gönderi bankası, tahsil bankası tarafından tahsil edilen meblağı, ihracatçının (amirin) kullanımına hazır olarak tutar ya da ihracatçıya ödeme yapar (TBK 522 sayılı Broşür m. 16/b).

9) İthalatçı, teslim aldığı malı temsil eden belgeler karşılığında, malları gümrükten çekme hakkına sahip olur.

### **VII. Vesaik Mukabili Ödemenin Fayda ve Sakıncaları**

#### **A. Faydaları**

Vesaik mukabili ödemenin *ihracatçı* açısından faydalarını şu şekilde sıralamak mümkündür<sup>93</sup>:

- Akreditifli ödeme yöntemine kıyasla daha ucuz, basit ve süratli bir yöntemdir. Vesaik mukabili ödeme yöntemi, diğer ödeme yöntemlerine nazaran gerek bankalara ödenen komisyon, gerekse diğer masraflar bakımından daha düşük maliyetlidir. Ödeme mal mukabili ödemedenden daha çabuk gerçekleşir ve daha güvenlidir.

- Malı temsil eden belgelerin, ithalatçı tarafından yapılan ödemedenden sonra verilmesi, ihracatçı açısından bir avantaj olarak değerlendirilmektedir. İhracatçının, sözleşmenin konusunu teşkil eden malları, havayolu, karayolu ya da demir yolu ile doğrudan alıcının adresine göndermesi yerine, vesaik mukabili ödeme yöntemi sayesinde, ithalatçının bankası tarafından yapılacak olan tahsilât sonucunda, malları temsil eden belgelerin ithalatçıya verilmesini sağlaması da onu bir nevi güvence altına alacaktır.

<sup>91</sup> Vadesiz bir poliçenin görüldüğünde ödenmemesi ya da kabul kredili bir poliçenin kabul edilmiş olmasına rağmen vadesinde ödenmemesi durumunda düzenlettirilecek olan protesto ile amaçlanan, poliçenin ibrazının usule uygun yapıldığının ortaya konulması ve ödememe nedeniyle girişilecek olan hukuki sürecin başlangıç aşamasının belirlenmesi; müracaat borçlularına başvuru hakkının sağlanmasıdır (Bkz. DURUKANOĞLU, s. 127).

<sup>92</sup> DURUKANOĞLU, s. 127.

<sup>93</sup> DURUKANOĞLU, s. 124; TEKİNALP, s. 646; ÖZALP, s. 42; YENİARAS, s. 133; ERYÜREK, s. 23; ŞAHİN, s. 37; ÖZEL, s. 9, BAĞRIAÇIK/KANDEMİR, s. 68; TÜRKSEVER, s. 26.



- Yapılan ödeme işleminde arada bankalar olacağından, ihracatçı, doğrudan ithalatçı ile muhatap olmaktan kurtulur.

Vesaik mukabili ödemenin, *ithalatçı* açısından faydalarını ise, şu şekilde sıralamak mümkündür<sup>94</sup>:

- İthalatçı, satım bedelini, hemen ödemek veya ileri tarihli poliçeyi kabul etmek suretiyle alacağı vesaik sayesinde, malların mülkiyetini hemen kazanacaktır. Özellikle, kabul kredili vesaik mukabili ödemede, ithalatçı, malın bedelini henüz ödemedi, malların sözleşme şartlarına uygun olup olmadığını da tespit edebilecektir.

- İthalatçı, vadeli poliçe sayesinde, vadeli ithalat imkanına kavuşacaktır.

- İthalatçının vesaik mukabili ödeme yöntemine göre işlem yapması, akreditifli ödemede akreditif açmasına nazaran daha kolay ve ucuz bir yol olacaktır.

### **B. Sakıncaları**

Vesaik mukabili ödemenin *ihracatçı* açısından sakıncalarını şu şekilde sıralamak mümkündür<sup>95</sup>:

- İhracatçının malları gümrüğe göndermiş olmasına rağmen, ithalatçının mal bedelini ödemek istememesi veya ödeyememesi, ihracatçı açısından bir risk oluşturmaktadır. Yine böyle bir durumda, ihracatçının, malları aynı şartlarla alacak başka bir alıcı bulamaması, mallarını daha kötü şartlarda başka bir alıcıya satması veya malları geri getirmek zorunda kalması da satıcı açısından, vesaik mukabili ödeme yönteminin tercihi durumunda ortaya çıkabilecek olan sakıncalar arasında yer almaktadır. Böyle bir ihtimalde, ihracatçı, ithalatçı ile arasındaki temel ilişkiye dayanarak alıcıyı dava edebilir, ancak ihracatçının parasını ve yaptığı giderleri dava ile elde etmesi, çoğu zaman kendisi tarafından istenen bir sonuç olmayacaktır. Kambiyo rejimimize göre, mal bedeli dövizlerin belirli sürede yurda getirilme zorunluluğu mevcuttur. İthalatçının bedeli ödemek ve malları almaktan vazgeçmesi durumunda, ihracatçı zor duruma düşecektir. Alıcı değişikliği yapılması durumunda, yeni alıcının ismini hem bankaya hem de nakliye şirketine bildirmek gerekmele birlikte; orijinal evrakın geri getirilerek değiştirilmesine gerek yoktur.

<sup>94</sup> ÖZALP, s. 43; INTERBANK, s. 95.

<sup>95</sup> DURUKANOĞLU, s. 124; DİLEK, s. 87; TEKİNALP, s. 646; ÖZALP, s. 43; Bahir Mazhar ERÜRETEN, **Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı**, İstanbul 1991, s. 338; TAŞPINAR, s. 1; YÜCEL, s. 2; ŞAHİN, s. 36-37; ERYÜREK, s. 13; INTERBANK, s. 93-94; ÖZEL, s. 10; BAĞRIAÇIK/KANDEMİR, s. 68; TÜRKSEVER, s. 27.



## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

- İthalatçının malları reddetmesi ihtimali de, yine ihracatçı açısından bu yönteminde oluşabilecek riskler arasında yer almaktadır. Bunun nedeni, o malın piyasa fiyatının, sözleşmede belirlenen fiyatın altına düşmesi gibi sebepler olabilir.

- İhracatçı açısından oluşabilecek bir diğer risk de, ithalatçının ülkesindeki kambiyo mevzuatı gereğince ithalatın gerçekleştirilememesi veya transferde gecikme söz konusu olmasıdır.

- İthalatçının ihmali veya diğer hukuksal nedenler yüzünden, malların gümrükte beklemesi, çekilememesi ve bunun sonucunda, ihracatçının ülkesine geri gönderilmesi de, bir diğer sakıncayı meydana getirmektedir. Bu gibi durumlarda, ihracatçının ek sigorta, antrepo ve demuraj (gemi bekleme masrafı), nakliye gibi masrafları da söz konusu olacaktır.

- Özellikle, ileri tarihli poliçenin kabulü suretiyle yapılan vesaik mukabili ödeme işlemlerinde, banka garantisi/aval/kabul olmadıkça, ihracatçı ödemenin yüzde yüz gerçekleşeceğinden emin olamaz.

Tüm bu sakıncalar karşısında ihracatçı, mallarını varış limanındaki antrepoyu da kapsayacak şekilde sigorta ettirmek, dış ticaret işlemine başlamadan önce ithalatçıdan bir miktar sağlamak veya malın bir bölümünün bedelini (olası zararları karşılamaya yetecek miktarda) peşin olarak almak gibi ek tedbirlerle de riskin azaltılması yolunu tercih edebilir<sup>96</sup>.

Vesaik mukabili ödemenin, *ithalatçı* açısından sakıncalarını ise, şu şekilde sıralamak mümkündür<sup>97</sup>:

- Karşılaşılabilecek ilk sakınca kabul kredili vesaik mukabili ödeme şeklinin ihracatçı tarafından kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu ihtimalde, ithalatçı, gümrükteki malları görmeden, vesaik bedelini ödemek zorunda kalmakta ve sözleşmede belirtilen şartlara uygun olmayan mallarla karşılaşabilmektedir. Söz konusu riski azaltmanın en iyi yolu ise, ileride gerçekleşmesi muhtemel ihtilaflarda kullanılmak üzere, ithalatçının, ihracatçıdan uluslararası bir gözetim şirketi tarafından "*denetim raporu*" hazırlanmasını talep etmesi olacaktır<sup>98</sup>.

- Kabul kredili vesaik mukabili ödemede, ithalatçı poliçeyi kabul ederek, hukuken sorumlu hale gelir ve bedelin ödenmemesi durumunda satış söz-

<sup>96</sup> ÖZEL, s. 10; ŞAHİN, s. 37; INTERBANK, s. 94.

<sup>97</sup> DİLEK, s. 87; ÖZALP, s. 43; TAŞPINAR, s. 1; YÜCEL, s. 2; ÜNAY, s. 58; ŞAHİN, s. 38; INTERBANK, s. 95.

<sup>98</sup> Gözetim şirketleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, s. 449-457.

leşmesinden ayrı olarak kendisine karşı protesto ve icra yoluna başvurulabilir. Bu durum ise, ithalatçının ticari itibarının zarar görmesine neden olur.

- Belgelerdeki eksikliklerden dolayı, malların gümrükten çekilememesi ihtimali de, malların bedelini tahsil bankasına ödeyen ithalatçı açısından bir risk teşkil etmektedir.

## **VIII. Vesaik Mukabili Ödemede Tarafların Dikkat Etmesi Gereken Hususlar**

### **A. İhracatçı Tarafından Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

#### **1. Sözleşme Öncesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

Sözleşme öncesinde ihracatçının her şeyden önce vesaik tahsilâtının gerekli olan güvencyi sağlayıp sağlamadığına; ithalatçının güvenilir olup olmadığına ve kredibilitésine dikkat etmesi gerekmektedir. İthalatçının ülkesindeki döviz ve kambiyo rejimi, ithalat sınırlamalarının olup olmadığı da ihracatçı tarafından göz önünde bulundurulması gereken diğer hususları oluşturmaktadır. İhracatçı tarafından malların ithalatçının gümrüğüne gönderilmiş olmasına rağmen, ithalatçının malı temsil eden vesaiki almaktan ya da bedeli ödemekten veya poliçeyi kabul etmekten kaçınması durumunda, ihracatçının o mallara yeni bir müşteri bulabilip bulamayacağı konusunu da, ödeme işlemini kabul etmeden önce iyice düşünmesi gerekmektedir<sup>99</sup>.

#### **2. Sözleşme Sonrasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

İleri tarihli bir poliçenin ithalatçı tarafından kabulü karşılığında, vesai-kin teslim edildiği durumlarda, malların mülkiyeti vesai-kin teslimi ile birlikte ithalatçıya geçecektir. Böyle bir ihtimalde ihracatçının, poliçenin vadesinde ithalatçı tarafından ödenmemesi ihtimalini de düşünerek, alacağını güvence altına almak için, vadeli poliçe düzenlediği durumlarda, ithalatçının kabul etmesinin yanı sıra ayrıca, bankanın da aval vermesi ya da kabul etmesini istemesinde yararı bulunmaktadır. Bu durum özellikle, ithalatçının ihracatçı tarafından yeterince iyi tanınmadığı hallerde, ihracatçının kendisini güvence altına alması açısından önem arz edecektir<sup>100</sup>. İhracatçı, ithalatçıdan, ithalatçının ülkesindeki gümrük formaliteleri için gerekli olan evrakların neler olduğunu da öğrenmeli ve ilgili belgeleri dikkatle bir araya getirmelidir<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> DURUKANOĞLU, s. 124; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 63.

<sup>100</sup> DURUKANOĞLU, s. 124; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 63–64.

<sup>101</sup> HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 64.

### **B. İthalatçı Tarafından Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

İthalatçı, vesaik mukabili ödemeyi, yalnızca, ihracatçının malları sözleşmeye uygun olarak göndereceğine inandığı durumlarda kabul etmelidir. İthalatçı, gümrükten malları çekebilmesi için istenilen belgelerin neler olduğu tam ve eksiksiz bir şekilde, sözleşmenin yapıldığı sırada ihracatçıya bildirmelidir. Böylece ihracatçı gerekli olan tüm belgeleri hazırlayarak, malları ithalatçının gümrüğüne gönderebilir. Tahsil bankası, gönderi bankası tarafından kendisine iletilen vesaik ile ilgili olarak gecikmeksizin, ithalatçıya haber vermeli ve malların gümrükten çekilmesine imkân veren vesaikin elinde olduğunu ithalatçıya bildirmelidir. Bu bildirim üzerine, bankaya giden ithalatçı açısından önem arz eden husus, kendisinin ödeme yapmadan önce, tahsil bankasının elinde bulunan vesaiki incelemesidir. Bu vesaiki inceleyerek, malların sözleşmede yer alan şartlara uygun olup olmadığını hakkında da bilgi sahibi olabilmesi mümkün hale gelecektir. Ancak, ihracatçının özel izni olmadıkça, ithalatçının malları gümrükte, bedeli ödemediği önce kontrol imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ithalatçının sözleşmenin yapıldığı aşamasında, ihracatçıdan malları gümrükte incelenmesine yönelik bir izni de sözleşme şartı olarak sözleşmeye eklemesini istemesinde fayda vardır. Malları incelemeye yönelik olarak bir izin alamadığı durumlarda ise ithalatçı, uluslararası nitelikli bir gözetim şirketi tarafından belge düzenlenmesini istemelidir. Vadeli poliçenin kabul edilmesi karşılığında vesaikin teslim alınarak, malların gümrükten çekildiği durumlarda, ithalatçı malları kârla satabilme imkânına da sahip olacaktır. Ancak malların satılmaması ihtimalinde dahi, ithalatçının ihracatçıya karşı vadede poliçe bedelini ödemekle sorumlu olduğunun unutulmaması gerekmektedir<sup>102</sup>.

### **C. Bankalar Tarafından Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

Bankalar, sadece ihracatçı (amir) tarafından kendilerine gönderilen tahsilât emri çerçevesinde işlemleri yürütürler. Gönderi ya da ibraz/tahsil bankası, tahsilât emrinde belirtilen hususlardan bir ya da birkaçına rıza göstermiyorsa, bu durumu gecikmeksizin emri aldığı şahsa bildirmelidir. Bankaların sorumluluğu, ellerine geçen belgelerin, tahsilât emrinde belirtildiği gibi olup olmadığını onaylamaktan ibaret olarak düzenlenmiştir. Tahsilât emrinde sıralanmış olan belgelere bakıldığında, ellerindeki belgelerde eksiklik olduğunu gören bankanın bu durumu derhal belgeleri aldığı şahsa bildirmesi gerekmektedir. Amirin, tahsilât emrinde, belirli bir bankayı tahsil bankası olarak belirtmesi durumunda, gönderi bankasının, amirin bu tercihi doğrultusunda, o ban-

<sup>102</sup>DURUKANOĞLU, s. 125; HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 64–65; CANITEZ, s. 61.

kayı kullanması gerekmektedir. Ancak amirin, tahsil bankasını belirlememesi durumunda, gönderi bankası, ithalatçının ülkesinde istediği bir tahsil bankasını seçme hakkına sahiptir. Malları temsil eden belgelerin bulunduğu tahsilât emri, gönderi bankası tarafından, tahsil bankasına doğrudan gönderilebileceği gibi, bu konuda bir muhabir bankadan yararlanılması da mümkündür.

Bankalar, kendilerine gönderilen belgeleri aldıkları gibi ibraz edeceklerdir. Fakat bu ibraz yapılırken gerekli olan damga pulları bankalar tarafından yapıştıırılacak ve aksi belirtilmediği sürece bunların masrafları, ihracatçıdan taraftan alınacak ve gerekli cirolar yapılacak veya tahsil işlemi için gereken veya usulden olan herhangi bir kaşe veya tanımlayıcı işaretler veya simgeler konulabilecektir (TBK 522 sayılı Broşür md. 5/c).

Tahsilât emrinde, ithalatçının adresi eksik ya da yanlış bildirilmişse, bu durum, gecikmeksizin ihracatçıya bildirilebileceği gibi; tahsil bankası herhangi bir yükümlülük veya sorumluluk üstlenmeksizin doğru adresi bulmayı da deneyebilir. Tahsil bankası, kendisine ulaştırılan tahsilât emri ve mallarla ilgili belgeleri gecikmeksizin ithalatçıya ibraz etmek yükümlülüğü altındadır. Tahsilât emrinde, vesaiğin belli bir para birimi ile ödeme karşılığında teslim edilmesi gerektiğine dair bir düzenleme yer alıyorsa, tahsil bankası, kendisine aksine bir talimat verilmiş olmadıkça belgeleri söz konusu o para birimi ile ödeme yapılması karşılığında teslim edecektir. Tahsil emrinde aksine bir talimat bulunmadığı sürece, tahsil bankası, ithalatçı tarafından teklif edilen kısmi ödeme talebini kabul etmemelidir<sup>103</sup>.

### **IX. Vesaik Mukabili Ödemede Bankaların Hukuki Sorumlulukları**

Vesaik mukabili ödemenin işleyişine bakıldığında bankaların, yalnızca bedelin ödenmesine/poliçenin kabul edilmesine ve karşılığında malı temsil eden belgelerin teslimine ilişkin hususlarda aracılık yaptıkları görülmektedir. Uluslararası ticarete birbirlerini tanıma imkânına çok fazla sahip olmayan taraflar, malların alınması ve bedelin ödenmesi konusunda güvenilir kuruluşlar olarak kabul edilen bankaların aracılığını tercih etmektedirler. Fakat bu ödeme yönteminde bankalar, sadece ihracatçının kendilerine gönderdikleri belgelerin ithalatçının ülkesindeki muhabirlerine gönderilmesi ve tahsil emrindeki direktifler uyarınca alıcıya teslimi sorumluluğunu taşırlar<sup>104</sup>.

Bu anlamda konumuzu incelerken öncelikle, TBK 522 sayılı Broşür'de düzenlenen bankaların sorumluluğu hakkında bilgi verilecek; ardından da iç

<sup>103</sup>HINKELMAN (Çev: KAPLANER), s. 65–66; DURUKANOĞLU, s. 125–126.

<sup>104</sup>GERNİ, s. 29.

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

hukukumuzda bankaların sorumluluğunu düzenleyen kurallar ile 522 sayılı Broşür arasında bir karşılaştırma yapılacaktır.

### **A. TBK 522 Sayılı Broşüre Göre Bankaların Hukuki Sorumlulukları**

TBK 522 sayılı Broşür'ün uluslararası ticarete taraflara uygulanabilmesi için; taraflarca açık ya da zımni olarak Broşür'ün uygulanmasının kabul edilmiş olması ve bu Broşür'ün uygulanmasının yetkili/uygulanacak hukuka, konumuz açısından ise, Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılık teşkil etmemesi gerekir.

Vesaik mukabili ödeme işleminin yürütülmesinde son derece önemli bir konuma sahip olmalarına rağmen, TBK 522 sayılı Broşür'de bankaların yükümlülüklerini ve sorumluluklarını ortaya koyan ve neredeyse tamamında bu sorumlulukları sınırlandıran ya da ortadan kaldıran birçok hüküm bulunmaktadır. Vesaik mukabili ödeme yönteminde bankalar, aval ya da garanti vermemişler ya da poliçeyi kabul etmemişlerse, satış işleminin aksamadan gelişmesini garanti edecek herhangi bir sorumluluğa sahip değildir. Bankalar, bu ödeme türünde, yalnızca, ihracatçı tarafından kendilerine verilen vesaikin ithalatçının ülkesindeki muhabirlerine gönderilmesi ve tahsil emrinde belirtildiği gibi, alıcıya teslim edilerek bedelin tahsili sorumluluğunu taşımaktadırlar<sup>105</sup>. Bu ödeme türünde bankaların faaliyetleri, adeta “*sorumsuz aracılık faaliyeti*” olarak algılanmaktadır<sup>106</sup>. Broşüre göre bankaların sorumluluklarını daraltan ya da ortadan kaldıran hükümlerden en önemli olanlarını vurgulamak gerekirse;

Broşür'ün “*yükümlülükler ve sorumluluklar*” başlığını taşıyan 9. maddesinde bankaların “*iyi niyetli*” hareket etmelerinden ve “*makul*” özeni göstermelerinden söz edilmiş; bu durum bankaların göstermeleri gereken özen açısından yeterli kabul edilmiştir.

Vesaik mukabili ödemelerde bankalar, ancak belgelerin tevdi ve ibraz edildiği; bedelin ödendiği yer olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda bankaların ihracatçı tarafından gönderilen malları gözetim yükümlülüğünden söz edilmemektedir. TBK 522 sayılı Broşür'ün m. 10/a hükmüne göre, ihracatçının malları, önceden bankanın muvafakati olmadan bankanın adresine veya onun emrine göndermesi, bankaya tevdi etmesi mümkün değildir. Aksi halde banka bunları kabul etme zorunluluğunda değildir. Bu durumda, bankaların sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Böyle bir ihtimalde, risk ve her

<sup>105</sup>GERNİ, Ödeme Yöntemleri, s. 6; DİLEK, s. 15.

<sup>106</sup>Bkz. YENİARAS, s. 134; ÖZALP, s. 42; ŞAHİN, s. 32; ÖZEL, s. 9; INTERBANK, s. 92.

türlü hasar, ihracatçıya ait olacaktır. Bunun sebebi, bankaların bu ödeme türünde belgelerin ibrazı ve bedelin alınması görevini üstlenmiş olmaları ve temel ilişki ile bankaların ilgisinin bulunmamasıdır<sup>107</sup>. Bankaya talimat verilmiş olsa bile, bankanın, sigortalama ve depolama dâhil herhangi bir işlem yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak banka bu hizmetleri, kendi isteğiyle yapabilir. Böyle bir durumda, banka hizmetin kapsam ve sınırlarını da kendisi belirleyecektir (TBK 522 sayılı Broşür m. 10/b ve c). Banka ister talimat almış olsun isterse de olmasın, malın korunması için yapmış olduğu işlemlerde, malları korumaya alan, gözetim altında tutan veya benzer hizmetler yapan kişilerin hareketlerinden ve kusurlarından dolayı sorumlu olmaz (TBK 522 sayılı Broşür m. 10/c). Ancak tahsil bankası söz konusu hizmetleri görüyor ise, ilgili durumu, gönderi bankasına bildirir (TBK 522 sayılı Broşür m. 10/c, c. son).

Tahsil emrinde, tahsil bankası açıkça belirlenmiş ise, gönderi bankası, tahsil emrinde belirtilen bankayı kullanmak zorundadır. Tahsil bankasına ilişkin olarak, tahsil emrinde bu yönde bir belirleme yoksa gönderi bankası, ibraz ve tahsil için bu işlemin yapılacağı ülkede kendisinin belirleyeceği bir bankayı kullanır (TBK 522 sayılı Broşür m. 5/e, f). Ancak böyle bir ihtimalde dahi, bu işlemi, amir hesabına ve riski amire ait olmak üzere gerçekleştirir. Bu anlamda gönderi bankası, seçimi kendisi yapmış olsa dahi, tahsil emrinde verilen talimatın, tahsil bankası tarafından yapılmaması nedeniyle yükümlülük ve sorumluluk üstlenmezler (TBK 522 sayılı Broşür m. 11).

TBK 522 sayılı Broşür’de esas itibariyle, bankaların sorumlulukları, belgelere ilişkin inceleme yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir. Ancak bu inceleme yükümlülüğü belgelerin içeriklerinin gerçekliğine ya da ihracatçı tarafından gönderilen mala ilişkin değildir. Bankalar, belgelerin biçiminden, yetersizliğinden, doğru olmamalarından, sahteliğinden ve benzeri diğer aksaklıklardan sorumlu değildirler (TBK 522 sayılı Broşür m. 13). Bankaların belgelere ilişkin yükümlülükleri, onların ihracatçı tarafından verilen tahsil talimatındaki belge listeleri ile uyuşup uyuşmadığına yöneliktir. Eğer, belgeler verilen tahsil talimatındaki belgelerle uyuşmuyorsa ya da eksikse bu durumda bankanın durumu derhal tahsil talimatı veren “*taraf*”a<sup>108</sup> bildirmesi gerekmektedir (TBK 522 sayılı Broşür md. 12/a). TBK 522 sayılı Broşür md.

<sup>107</sup>TEKİNALP, s. 654.

<sup>108</sup>Burada “*ihracatçı*” yerine “*taraf (the party)*” ifadesinin kullanılmasındaki sebep, belge karşılığı tahsil talimatının her zaman ihracatçı tarafından verilmemesi; bu talimatın, gönderi bankasına verilmesi halinde ihracatçı tarafından verilmesi; oysa ibraz ya da tahsil bankasına verilmesi halinde ise, gönderi bankasınca verilmesidir (Bkz. TEKİNALP, C. I, s. 488).

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

12/a'nın son cümlesinde de açıkça belirtildiği üzere, bankaların belgelerin eksik çıkması ya da farklı olması halinde, bu durumu gecikmeksizin bildirme dışında, herhangi bir sorumlulukları bulunmamaktadır<sup>109</sup>.

Her ne kadar TBK 522 sayılı Broşürün md. 12/a bendinde, bankaların inceleme yükümlülüğünün belgelerin, kendisine verilen tahsil talimatında yer alan listedeki belgelerle, uyuşup uyuşmadığına ilişkin incelemenin yapılması ve eksikliklerin ya da farklılıkların gecikmeksizin bildirilmesinden ibaret olduğu söylenirse de; esasında basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan ve uluslararası ticarete taraflarca birbirlerine verilmesi gereken belgeler ve bunların şekline ilişkin geçerlilik şartlarını bilen bankaların görmüş oldukları bu tarz biçimsel eksiklikleri ya da belgelerin geçersizliğine sebep olan hataları bildirmeleri<sup>110</sup> ve bunlar giderilmeden de ithalatçıdan paranın tahsili yoluna gitmemeleri gerekmektedir. Aksi davranış, gümrükten malları çekme aşamasında belgedeki eksikliklerden dolayı malların verilmediği hallerde, parasını ödemiş olmasına rağmen malları gümrükten çekemeyen ithalatçının ihracatçıya yönelik taleplerinin yanı sıra kanaatimizce bankaya da müracaat etmesine sebep olur.

TBK 522 sayılı Broşürün 13. maddesi, belgelerin geçerliliğine ve malların durumuna ilişkin bankaların sorumluluğunu düzenlemektedir. İlgili hükme göre, bankalar; belgelerin temsil ettiği malların mevcut olup olmadığı veya değeri, tanımı, miktarı, ağırlığı, kalitesi, durumu, ambalajı, teslimatı veya malları gönderenlerin, taşımacıların, navlun komisyoncularının, malları sigorta edenlerin, alıcıların veya diğer herhangi bir kişinin iyi niyetine veya eylemlerine veya ihmallerine, mali durumlarına, icraatına veya ticari itibarına ilişkin olarak hiçbir sorumluluk veya yükümlülük almazlar.

Broşürün 14. maddesinde ise, belgelerin yolda kaybolmasından ve belgelerdeki çeviri hatalarından ve/veya teknik terimlerin yorumundan dolayı

<sup>109</sup> Ancak burada şu hususun unutulmaması gerekmektedir: TBK 522 sayılı Broşürün İngilizce metninde bildirim derhal/gecikmeksizin (without delay) yapılması gerektiğinden söz edilmektedir. Aksi davranış, uğranılan zararların, bildiri yapımayan ya da yapmakta geciken banka tarafından karşılanılmasını gerektirir. Bu hususta Broşürde yer almayan konularda iç hukuk düzenlemelerince zararın tazmini yoluna gidilebilecektir.

<sup>110</sup> Tahsil emri ekinde bir poliçenin olduğu durumlarda da, bankanın tahsil emri ekindeki diğer belgelerin, tahsil emrinde belirtilenler ile aynı olup olmadığını incelemesinin yanı sıra; bu poliçenin şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını belirlemesi, tahsil emrinde belirtilen miktar, taraflar, vade, faiz gibi hususlar ile poliçenin örtüşüp örtüşmediğine bakması ve eksiklikleri gecikmeksizin bildirmesi gerekir. Bu sonuca Broşürün 9. maddesinde bankaların iyi niyetli olmaları ve makul özeni göstermeleri sonucundan varılabilir. "Makul özen" ifadesi dahi bizi, bu konu hakkında geniş bilgilere sahip olan bankaların, bu tarz yanlışlıkları giderecek bildirimde bulunmaları gerektiği sonucuna götürmektedir.



bankaların sorumlu olmadıkları düzenlenmektedir. Bu maddeye göre bankalar, herhangi bir mesajın, mektubun veya belgenin gönderilmesi sırasında kaybolması veya gecikmesinden kaynaklanan sonuçlardan veya telekomünikasyon haberleşmesindeki gecikme veya diğer hatalardan ve teknik terimlerin çeviri ve yorumlanmasındaki hatalardan dolayı hiçbir sorumluluk üstlenmezler.

TBK 522 sayılı Broşür'ün 15. maddesi ise, “*mücbir sebepler*” başlığını taşımakta ve bankaların tabii afetler, isyan, ayaklanma, iç karışıklık ve savaş hali veya kendi kontrolleri dışındaki tüm nedenlerle veya grev ve lokavtlar sonucunda faaliyetlerinde meydana gelecek kesintiden doğacak sonuçlardan dolayı sorumlu ve yükümlü olmadıkları belirtilmektedir.

Kabul kredili vesaik mukabili ödeme türünde, tahsil bankasının, poliçenin kabulünün şekil yönünden tam ve doğru olarak yapılıp yapılmadığını denetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte, kabule imza koyanların yetkili olup olmadıklarının ya da imzaların gerçek olup olmadıklarından sorumlu değildir. Aynı kural bono, makbuz ve diğer kâğıtlar bakımından da geçerlidir (TBK 522 sayılı Broşür m. 22–23).

İhracatçının, tahsil emrinde açık bir talimatı bulunmadığı müddetçe, tahsil işlemine ilişkin olarak ithalatçının vadesiz poliçede vesaik bedelini ödemesi veya ileri tarihli bir poliçede, poliçeyi kabul etmemesi nedeniyle protesto düzenlettirmek veya onun yerine başka bir yasal işlem yaptırmak yükümlülüğü bulunmamaktadır (TBK 522 sayılı Broşür m. 24).

### **B. Vesaik Mukabili Ödemelerde Bankaların Sorumluluğuna Yönelik Türk Hukukundaki Düzenlemeler ve Bunların TBK 522 Sayılı Broşürle Karşılaştırılması**

TBK 522 sayılı Broşür'e göre, vesaik mukabili ödemelerde bankalar, ihracatçı tarafından düzenlenen poliçeye aval vermemiş ya da poliçeyi kabul etmemişlerse<sup>111</sup>, kural olarak, sadece belgelere ilişkin bir takım yükümlülük-

<sup>111</sup> İthalatçı lehine aval verilmesi durumunda, tahsil/ibraz bankasının sorumluluğu artmakta ve tıpkı, ithalatçı gibi, ihracatçıya karşı mal bedelinin ödenmesinden dolayı sorumlu olmaktadır. Aval vermiş olan bankanın hukuki sorumluluğu, Broşürde genel olarak ifade edilen bankanın hukuki sorumluluk hallerinden farklılaşmakta; bu durumda banka tıpkı ithalatçı gibi sorumlu olmaktadır. Fakat bankanın sorumluluğuna gidebilmenin şartı, öncelikle ithalatçıya başvurarak ödememe durumunun tespitini sağlamaktır.

Bankanın sorumluluğunun genişlediği bir diğer hâl ise, ihracatçı tarafından düzenlenen poliçenin ithalatçı tarafından değil de, banka tarafından kabul edilmesidir. Böyle bir durumda banka ithalatçı lehine “*kabul kredisi*” açmış gibi kabul edilmektedir (Bkz. KAYA, s. 74). Hatta banka bu gibi bir durumda avale nazaran daha ağır bir sorumluluk altına girmektedir. Çünkü poliçe üzerinde asıl borçlu olarak kendisi görülmektedir. Bankanın sorumluluğu bu



## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

ler üstlenmekte ve ithalatçı tarafından ödenen bedeli ihracatçıya ulaştırmakla sorumlu olmaktadır. Bu sorumlulukta ise, bankaların lehine bir sınırlama söz konusudur. Ancak bu sınırlamaların, esasında uluslararası ticaretin tarafı olanların zararına sebebiyet verebilme ihtimallerinin yüksek olduğu görülmektedir. Şöyle ki, Türk hukukunda bankalar, güvenilir kuruluş olarak kabul edilmekte ve bu belirleme yapılırken de bankaların tür ayrımları dikkate alınmamaktadır<sup>112</sup>. Hukuki işlemlerde bankaların güvenilir kuruluş olması; onların özen borcunun ve sorumluluğunun artması anlamına gelmektedir<sup>113</sup>. Bankalara duyulan özel güvenin sebeplerinin başında, bankaların bir mesleği icra amacıyla bu işlemleri yapmaları gelmektedir. Bu durum beraberinde tecrübe, bilgi ve güveni getirmektedir<sup>114</sup>. Yine, bankacılık mesleğinin herkes tarafından yapılmasının mümkün olmaması, bunun bir ruhsata dayanması gerekliliği, banka ile ilişkiye giren kişilerce, onların yeterli bilgi ve tecrübeye sahip kişiler olarak algılanmasına ve halkın onlara özel olarak güvenmesine sebep olmaktadır<sup>115</sup>. Nitekim Bankacılık Kanunu md. 10 hükmünde de, bankaların, faaliyet izni almalarının şart olduğu vurgulanmakta ve bunun şartları hakkında bilgi verilmektedir. Nihayet, bankaların devletin denetim ve gözetimi altında işlemler yapması ve Türk hukukunda bankacılığın ruhsat alınarak yapılması nedeniyle, imtiyaz suretiyle faaliyet icra ettikleri kabul edilmektedir<sup>116</sup>. Bu nedenle bankaların dürüstlük kurallarına aykırı işlemlerinin devlet tarafından engelleneceği düşünülmekte; bankaların kamu hizmeti görmeleri nedeniyle de bunlar kamusal güvene sahip kuruluşlar olarak benimsenmektedirler<sup>117</sup>.

Bankaların sorumluluklarının ağırlaştırılması iki yöntemle gerçekleştirilebilmektedir. Bunlardan birincisi, hâkimin yorum yoluyla sorumluluk hükümlerini ağır takdir etmesidir. İkincisi ise, kanun koyucunun özel ağırlaştırı-

---

ihtimalde de genişleyerek ithalatçının ödemesi gereken borç miktarı kadar artar (istisnası kısmi kabuldür). İthalatçının vadeden önce poliçe bedelini ödememesi, ithalatçı ile banka arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir.

<sup>112</sup>Ahmet BATTAL, **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2001, s. 105.

<sup>113</sup>BATTAL, s. 106.

<sup>114</sup>TEKİNALP, C. I, s. 294; KAPLAN, s. 47.

<sup>115</sup>Sermet Galip AKMAN, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul 1976, s. 65.

<sup>116</sup>BATTAL, s. 57; DOĞAN, s. 133, s. 269. Bu yönde verilmiş Yargıtay kararları için bkz. YHGK, T. 15.06.1994, E. 11-178, K. 398 (Yasa Hukuk Dergisi, C. XV, S. 176/7, Ağustos 1996, s. 1246); Y. 11. HD., T. 09.02.2009, E. 2007/12559, K. 2009/1362 (Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 2009, C. 35, S. 11, s. 2093-2095).

<sup>117</sup>BATTAL, s. 108.

rılmış sorumluluk kuralları koymasındır<sup>118</sup>. Bankaların vesaik mukabili ödeme konusundaki hukuki sorumlulukları incelenirken hukukumuzdaki genel düzenlemelerden yararlanmamız gerekecektir.

Bankaların, ruhsata bağlı olarak çalışmaları nedeniyle, BK md. 99 ve md. 100 anlamında imtiyaz suretiyle faaliyet icra ettikleri kabul edilmektedir. Bu anlamda bankaların, BK md. 99 ve md. 100'e göre hafif kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacaklarına dair konulan kayıtlar, hâkim tarafından dikkate alınmayacaktır<sup>119</sup>. Esasında bu düşüncenin temelinde bankalara duyulan güven ve onlardan üst düzeyde beklenen basiretli davranma yükümlülüğüdür. Hal böyle olunca TBK 522 sayılı Broşür'de yer alan ve bankaların belgelerle ilgili olarak "*makul özeni göstermelerinin yeterli olduğu*"na dair ifade, bazı hallerde hüküm ifade etmeyecek gibi görülmektedir. Nitekim bankalar, kendilerine özel olarak güvenilen kuruluşlardır ve faaliyetlerini ruhsata bağlı olarak sürdürmeleri, banka olacak kuruluşlarda aranılan ağırlaştırılmış özellikler ve basiretli davranma yükümlülüğünün bankalar açısından en üst düzeyde olması nedeniyle, hafif kusurlardan sorumlu olunmayacağı, Broşüre göre "*makul özen*" ifadesinin yeterli olduğu düşüncesi, iç hukuk açısından bankaların sorumluluğunu değerlendirirken dikkate alınmayacaktır. Bu maddelerle getirilen sınırlamanın sebebi, borçlu olan bankanın alacaklı taraf karşısındaki üstünlüğü ve kanun koyucunun sosyo-adaleti sağlama amacıdır<sup>120</sup>.

Bankalar, sahip oldukları vasıflar nedeniyle, özel hükümlerin kendilerine uygulanması gereken kurumlardır. Bu konuda *Karayalçın*<sup>121</sup>, "*bankaların tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranma mükellefiyetleri (TK md. 20/II), herhangi bir tacirinkinden farklıdır. Bankacılık alanında hizmet verenlerden beklenen basiret ölçüsü, özen vecibesi, şüphesiz daha ağırdır*" demektedir.

Broşür'ün 13. maddesinde bankaların belgelerin biçimi, yeterliliği, doğruluğu, gerçek/sahte olup olmadıkları veya yasal sonuçları veya belgelerde yer alan veya sonradan eklenen genel ve özel şartlar dolayısıyla hiçbir

<sup>118</sup>BATTAL, s. 109.

<sup>119</sup>BATTAL, s. 7; DOĞAN, s. 269; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 1045. Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD., T. 09.02.2009, E. 2007/12559, K. 2009/1362 (Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 2009, C. 35, S. 11, s. 2093-2095).

<sup>120</sup>AKMAN, s. 63.

<sup>121</sup>Yaşar KARAYALÇIN, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, C.V, Ankara 1997, s. 85.

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

yükümlülük ve sorumluluklarının olmayacağı düzenlenmiştir. Oysa basiretli bir tacir gibi davranmak zorunda olan bankanın belge karşılığı ödemede taraflarca amaçlanan uluslararası ticaretin gerçekleştirilmesi ve kendisi açısından da komisyona hak kazanabilmesi için belgeleri de inceleyip içeriklerindeki eksiklikleri, yanlışlıkları, şekli hataları da bildirmesi gerekmektedir<sup>122</sup>. Nitekim bankalar bu belgelere ilişkin olarak, konularından dolayı daha fazla bilgiye sahiptirler. Özellikle ithalatçının ödemeyi düzenlenen poliçe sayesinde vadeli olarak ödeyebileceği hallerde, bir poliçede bulunması zorunlu unsurların nelerden ibaret olduğunu bankanın bilmemesi gibi bir durum söz konusu olamaz. Bankaların belgelerden dolayı sorumsuzlukları ancak, kendilerinden beklenen özeni göstermelerine rağmen, tespit edemedikleri eksiklikler nedeniyle oluşacak zararlarla sınırlı olmalıdır. Bankanın kendisinden beklenen özeni göstermediği durumlarda meydana gelen zararlardan sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>123</sup>.

Bankacılık Kanunu md. 76'ya göre; *“Bankalar, müşterilerinin, verilen hizmetlerden kaynaklanan her türlü sorularına cevap verecek bir sistem kurmakla ve bu hizmetle ilgili bilgiyi müşterilerine bildirmekle yükümlüdür.”* Kanunun bu emredici hükmü karşısında Broşür'ün 14. maddesinde yer alan bankaların iletişim aksaklıklarından dolayı hiçbir sorumluluk üstlenmeyeceklerine dair düzenlemenin uygulanması sıkıntı oluşturacaktır. Şöyle ki, belgelerin bankaya ulaşıp olmasına rağmen, bankanın bu belgeleri ithalatçıya ibrazda gecikmesi karşısında, banka kendi sistemindeki iletişim aksaklıklarını bir gerekçe olarak ileri süremeyecektir. Ancak ihracatçıdan kaynaklanan sebeplerle, belgelerin bankaya ulaştırılmasındaki iletişim aksaklıklarından bankaların sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

<sup>122</sup>İthalatçı tarafından belgelerdeki şekle ya da içeriğe ilişkin eksikliklerin, geçersizliklerin ithalatçı tarafından fark edilip, onun ödeme yapmaktan kaçınması nedeniyle ihracatçının mallarını satamamaktan, düşük fiyata satmaktan ya da ziya uğramasından dolayı bankaya başvurabilme ihtimali doğacaktır. Nitekim böyle bir durumda bankanın fark etmesi gereken bu eksiklikler, geçersizlikler hakkında ihracatçıya bildirim yapma yükümlülüğü söz konusudur. İthalatçının belgeleri, eksiklikler, hatalar ya da geçersizliklerle birlikte alıp ücreti ödedikten sonra, malları gümrükten çekememesi halinde ise, her ne kadar banka ile ithalatçı arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi, MK md. 2'den kaynaklanan asli edim yükümlerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi (teorisi) nedeniyle ithalatçının bankaya başvurabilme imkânı ortaya çıkabilecektir (Bkz. TEKİNALP, C. I, s. 487). Güven ilkesi, ithalatçı ile banka arasında kurulan banka iş ilişkilerinin (arada sözleşme olsun ya da olmasın) tamamını koruyucu çatısı altına alır (Bkz. TEKİNALP, C. I, s. 255).

<sup>123</sup>DOĞAN, s. 270.

## SONUÇ

Vesaik mukabili ödeme, dış ticarete sıklıkla başvuru olan bir ödeme yöntemidir. Vesaik mukabili ödeme, ihracatçının, ithalatçı ile yapmış olduğu anlaşma neticesinde, sözleşmede kararlaştırılan malları sevk ettikten sonra, bu malları temsil eden vesaiki tahsil emri ekinde, gönderi bankası aracılığıyla tahsil bankasına ulaştırdığı; ithalatçının bedeli tahsil bankasına ödemesi ya da poliçeyi kabul etmesi karşılığında tahsil bankasının vesaiki, malları gümrükten çekebilmesi için ithalatçıya verdiği ödeme şeklidir.

Vesaik mukabili ödemeye ilişkin kurallar, MTO'nun 522 sayılı “*Tahsillere İlişkin Birörnek/Yeknesak Kurallar*” adlı yayınında düzenlenmektedir. Fakat işlemin bu kurallara tabi olması, tahsil talimatında açıkça bu hususa yer verilmesi ve ilgili ülke mevzuatının emredici kurallarına aykırılık teşkil etmemesi şartlarına bağlıdır.

Vesaik mukabili ödeme işleminin tarafları; ihracatçı, ihracatçı tarafından seçilen gönderi bankası, tahsil bankası, ibraz bankası ve muhataptır. Ancak uygulamada tahsil bankası ile ibraz bankası genellikle aynı bankalar olduğu için esasen ödeme işleminin dört tarafı vardır.

Vesaik mukabili ödeme türünde işlemler, ihracatçının ithalatçı ile kurduğu temel ilişki uyarınca malları ithalatçının ülkesine sevk etmesi ve mallara ilişkin ticari ve/veya mali vesaiki alıcıya ulaştırılmak üzere gönderi bankasına vermesi ile başlar. Daha sonra gönderi bankası kendisine tevdi edilen vesaiki açık ve net bir tahsil talimatı ekinde doğrudan veya bir muhabir banka aracılığı ile tahsil bankasına yollar. Vesaiki alan tahsil bankası, keyfiyeti alıcıya ihbar eder. İthalatçı vesaiki ya ödeme ya da poliçeyi kabul karşılığında bankadan teslim alır ve bu vesaik ile malları gümrükten çeker. Tahsil edilen miktardan, komisyon ve masrafların düşülmesinin ardından, kalan bedel önce gönderi bankasına, son olarak da ihracatçıya ulaştırılır.

Vesaik mukabili ödeme satıcı açısından, malların alıcı tarafından kabul edilmeyerek gümrükten çekilmemesi, kabul edilen poliçenin ödenmemesi risklerini taşır. Bununla birlikte, ödeme yapılmaksızın vesaikin alıcıya teslim edilmemesi ve bunun sonucunda alıcının malı gümrükten çekememesi gibi çeşitli avantajlar mevcuttur. Alıcı bakımından ise, ödemeyi yapmadan malı teslim alamaması nedeniyle malın siparişine uygun çıkmama riski vardır.

TBK 522 sayılı Broşüre göre, vesaik mukabili ödemede görev alan bankaların, iyiniyetli davranma ve gereken özeni göstermek dışında ne belgelerin detaylı incelenmesi ne de ödemeye ilişkin herhangi bir taahhüt ve sorumlulu-

## *Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

ğu bulunmaz. Bankaların belgelerin ibrazı ve bedelin alınması konusundaki sorumluluğunu düzenleyen TBK 522 sayılı Broşür’de bankaların sorumluluğu, son derece hafifletilmiş; onların lehine sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte bankacılık, imtiyaz suretiyle yürütülen ve ancak ruhsat alan, belirli şartları yerine getiren kuruluşlarca yapılan bir faaliyettir. Bankalara duyulan özel güven, onların sorumluluğunun sınırlandırılmasını değil; aksine basiretli bir tacirden beklenen en üst düzey özeni göstermelerini gerektirmektedir.

TBK 522 sayılı Broşür’ün, ulusal hukukun emredici kurallarına aykırılığı halinde uygulanmayacağına da dikkate alınması durumunda, bu Broşür’de yer alan bankaların sorumluluklarını ortadan kaldıran bazı düzenlemeler, MK md. 2’deki dürüstlük kuralı, BK m. 99 ve 100’de belirtilen imtiyaz suretiyle çalışanların hafif kusurlarından sorumlu olmayacaklarına dair düzenlemelerin geçersiz sayılması, TTK md. 20/II’deki basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü ve kaynağını MK md. 2’den alan kanuni borç ilişkisinden bağımsız asli edim yükümlülüğü engeline takılacaktır.

### **KAYNAKÇA**

- AKIN, Hakan, **Yeni İşimiz Dış Ticaret**, 7. Basım, Ağustos 2008.
- AKMAN, Sermet Galip, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul 1976.
- BAĞRIAÇIK, Atilla/ KANDEMİR, Seyfettin, **Dış Ticarete Uygulamalı Akreditif İşlemleri**, İstanbul 1995.
- BATTAL, Ahmet, **Güven Kurumu Nitelendirmesi İşığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2001.
- CANITEZ, Murat, **Uygulamalı İthalat ve İhracat İşlemleri ve Dökümantasyon**, Ankara 2005.
- DAĞ, Üner, “**Türk Hukukunda Kabul Kredisi**”, İBD, C. 59, S. 10–11–12, İstanbul 1985, s. 901–927.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara 2009.
- DİLEK, Mazriye, **Dış Ticarete Ödeme Yöntemleri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Yayınlanmamış Master Tezi, Ankara 2007.

- DOĞAN, Vahit, **Banka Teminat Mektupları**, 3. Bası, Ankara 2005.
- DOĞAN, Vahit, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 2. Bası, Ankara 2005.
- DÖLEK, Ali, **Mevzuat Işığında Dış Ticaret İşlemleri ve Piyasa Uygulamaları**, İstanbul 1999.
- DURUKANOĞLU, Nihayet, **Dış Ticaret Dünyası**, 2. Bası, İstanbul 2008.
- EKŞİ, Nuray, **Kambiyo Mevzuatında İthalat ve İhracat Hesapları ve Bu Hesapların Kapatılmamasına İlişkin Suçlar (Kambiyo Mevzuatı)**, 3. Bası, İstanbul 2005.
- EKŞİ, Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul 2010.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul 2003.
- ERÜREten, Bahir Mazhar, **Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı**, İstanbul 1991.
- ERYÜREK, Şenay, **Uluslararası Ticarete Ödeme Şekilleri ve Vesaik**, İstanbul 1987.
- GERNİ, Cevat, **Dış Ticaretin Finansmanı**, Ankara 1990.
- GERNİ, Cevat, **Dış Ticarete Ödeme Yöntemleri (Ödeme Yöntemleri)**, Araştırma Merkezi, Dış Ticaret Araştırma Dizisi, No: 8–1989.
- GÜRsoy, Yaser, **Dış Ticaret İşlemleri Muhasebesi**, 4. Bası, Bursa 2008.
- GÜRsoy, Yaser, **Dış Ticaret Yönetimi**, 5. Bası, Bursa 2009.
- HINKELMAN, Edward G. (Çev: KAPLANER, Berk), **Uluslararası Ödemeler, Akreditifler, Vesaik Karşılığı Tahsilâtlar ve Siber Ödemeler**, İstanbul 2002.
- INTERBANK-**Uluslararası Ticarete Bankalar Arası Ödeme Yöntemleri**, Eğitim Bölümü Yayınları No: 19.
- İGEME, **100 Soruda Dış Ticaret**, İGEME, Haziran 2009.
- KAPLAN, İbrahim, **Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I**, Ankara 1996.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C.V**, Ankara 1997.
- KAYA, Salih, **Uluslararası Bankacılık Uygulamaları**, 2. Bası, Ankara 2003.

*Uluslararası Ticarete Vesaik Mukabili Ödeme Yöntemi*

KAYAR, İsmail, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 2006.

NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 17. Bası, İstanbul 2009.

OĞUZ, Arzu, “**Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği**”, AÜHFD, C. 50, S. 3, Ankara 2001, s. 11–53.

ÖZALP, Abdurrahman, **Uluslararası Yeni Kurallar Işığında Dış Ticarete Teslim ve Ödeme Şekilleri, Genel ve Bankalar Uygulaması**, İstanbul 2004.

ÖZEL, Sibel, **Akreditif ve Hukuki Niteliği**, İstanbul 1991.

SEVEN, Vural, “**Dış Ticarete Vesaik Mukabili Ödemeli Satışların CMR Kapsamındaki Taşıma Sözleşmelerine Etkisi**”, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2006, S. 38, s. 447-460.

SEYİDOĞLU, Halil, **Uluslararası Finans**, 3. Bası, İstanbul 2001.

SOMUNCUOĞLU, Ünal, “**Vesaik Mukabili İhracatta Mal Bedelinden Doğan Sorumluluklar**”, İBD, C.63, S.4–5–6, İstanbul 1989, s. 190–203.

ŞAHİN, Arif, **İhracatta Ödeme Şekilleri**, İGEME, Ankara 2006.

ŞANLI, Cemal/ EKŞİ, Nuray, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2006.

TAŞPINAR, Arif, **İhracatta Pratik Bilgiler-İhracatta Peşin Ödeme**, İGEME, Eylül 1990.

TEKİNALP, Ünal, **Banka Hukukunun Esasları (C.I)**, C. 1, İstanbul 1988.

TEKİNALP, Ünal, **Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları**, 2. Bası, İstanbul 2009.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996.

TÜRKSEVER, Murat, **Uluslararası Ticarete Kullanılan Teslim ve Ödeme Şekilleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü, Haziran 1996.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA,

*Şengül AL KILIÇ*

Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul 2006.

ÜNAL, Oğuz Kürşat, **Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti**, 4. Bası, Ankara 2006.

ÜNAY, Vecdi, **Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilme Usulleri**, İstanbul 1989.

YENİARAS, Mustafa Cem, “**Uluslararası Ticarete Akreditif ve Belge Karşılığı Ödeme**”, İBD, C. 80, S. 2006/1, İstanbul 2006, s. 107-137.

YETİK, Edip, “**Dış Ticarete Ödeme Şekilleri**”, Gümrük Dünyası Dergisi, S. 55 (<http://www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/55/8.html>).

YÜCEL, Hayrettin, **İhracatta Pratik Bilgiler-İhracatta Peşin Ödeme**, İGEME (İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi), Ağustos 1999.



# AB FİNANSAL ARAÇ PİYASALARI YÖNERGESİ VE YÖNERGENİN YATIRIMCI-YATIRIM ŞİRKETİ ARASINDAKİ İLİŞKİYE ETKİLERİ

Nusret ÇETİN\*, H. Ebru TÖREMİŞ\*\*

## Özet

*Finansal Araç Piyasaları Yönergesi, Avrupa Birliği'nde yatırım hizmetlerinin sunulmasına ilişkin kuralların uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır. Yönerge, yatırım şirketlerinin yetkilendirilmesi, faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallar ve çok taraflı işlem platformları için tek pasaport ilkesi de dâhil olmak üzere birçok konuda yeni ve detaylı kurallar öngörmektedir. Yatırımcıların korunması bağlamında, yatırım şirketleri için faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallar Yönerge ve ikincil seviye düzenlemeler ile detaylandırılmıştır. Ancak, bu kuralların, temelde özel hukuk tarafından idare edilen yatırım şirketi-müşteri ilişkisine herhangi bir etkisi olup olmayacağı Yönerge'de açıkça belirlenmemiştir. Bununla birlikte, faaliyetin yürütülmesine ilişkin kuralların amacı sözleşme taraflarının temel hak ve borçlarını belirlemek olduğundan, yatırım şirketi-müşteri ilişkisinin temelde düzenleyici otoriteler tarafından çıkarılan bu kurallar tarafından yönetileceğini iddia etmek yanlış olmayacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Finansal Araç Piyasaları Yönergesi, yatırımcı, yatırım şirketi, müşteri sınıflandırması, faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallar.

## **EU MARKETS IN FINANCIAL INSTRUMENTS DIRECTIVE AND THE EFFECTS OF THE DIRECTIVE TO THE RELATIONSHIPS BETWEEN INVESTORS AND INVESTOR FIRMS**

### Abstract

*Markets in Financial Instruments Directive aims to harmonize the rules related to provision of investment services in the European Union. The Directive brings forward new and detailed rules regarding several issues including authorization of investment firms, conduct of business rules, and single passport for multilateral trading facilities. With respect to investor protection, conduct of business rules for investment firms are elaborated by the Directive and second level regulations. However, it is not clear in the Directive whether these rules will have any effect on the investment firm-client relationship which is generally governed by private law. Nevertheless, since the aim of conduct of business rules is to identify the basic rights and obligations of the contract parties, it will not be wrong to argue that the investment firm-client relationship will mainly be governed by these rules issued by the regulatory authorities.*

**Key Words:** Markets in Financial Instruments Directive, investor, investment firm, client classification, conduct of business rules.

\* Dr., Sermaye Piyasası Kurulu Başuzman Hukukçu

\*\* Sermaye Piyasası Kurulu Uzman Hukukçu

## GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin (AB) rekabetçi bir yapıya kavuşma hedefindeki temel araçlarından biri, finansal hizmetlerin entegrasyonu yoluyla finansal hizmetler alanında tek Pazar yaratmaktır. Bu hedefe erişme yolunda, AB'de finansal araçlar ve hizmetlere ilişkin olarak 2004/39 EC sayılı Finansal Araç Piyasaları Yönergesi<sup>1</sup> (MiFID-Markets in Financial Instruments Directive, Yönerge) kapsamında düzenlemeler yapılmıştır.

Yönerge'nin finansal araçlar ve hizmetlere ilişkin olarak getirdiği birçok yeniliğin yanında, yatırım şirketlerinin faaliyetlerini yürütürken uymaları gereken kurallara (conduct of business rules)<sup>2</sup> ilişkin olarak getirdiği kapsamlı düzenlemeler büyük önemi haizdir. Söz konusu kurallar ile, yatırım şirketi ile müşterisi arasındaki ilişki belirli bir standarda kavuşturulmuş, yatırım şirketinin dürüst, adil ve profesyonel biçimde müşterilerinin çıkarlarına en uygun şekilde faaliyet yürütmesini sağlama konusunda üye devletlerin yetkilerini belirleyen ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Bu kurallar, Yönerge'nin ana hedeflerinden olan yatırımcı korunmasının sağlanmasında temel taşı vazifesi görmektedir. Kuralların işlevleri, hizmet sağlayıcısının davranışlarını düzenlemek ve müşterilerinin yatırım şirketi ile müşteri arasındaki asimetrik bilgidен zarar görmelerini engellemektir.<sup>3</sup>

Bu çalışmanın amacı, anılan kurallar çerçevesinde, Yönerge'nin yatırımcılar ile yatırım şirketleri arasında sözleşmesel kurallarla belirlenen ilişkilere getirdiği yeni boyutun ortaya konulmasıdır.

Bu kapsamda çalışmada, öncelikle Finansal Araç Piyasaları Yönergesi'nin yürürlüğe konulmasında etkili olan hususlar irdelenecek, daha sonra MiFID kapsamında yatırım şirketleri ve yatırım faaliyetleri ana hatlarıyla tanıtılacak, bu suretle “conduct of business” kurallarının konusu ile muha-

<sup>1</sup> Yönerge'nin tam metni için bkz; [http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Smernice\\_MiFID\\_pdf.pdf](http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Smernice_MiFID_pdf.pdf), Erişim Tarihi: 01.04.2010.

<sup>2</sup> 85/611 EEC sayılı AB Yönergesi'nin 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, bu kuralların çoğu sadece yatırım şirketlerine değil, birer yatırım hizmeti sunmaları veya yatırım faaliyeti yürütmeleri şartıyla kredi kuruluşlarına da uygulanabilmekte birlikte, çalışmanın konusu kapsamında söz konusu kurallara tabi kurum ve kuruluşlar bakımından yatırım şirketi ifadesi kullanılacaktır.

<sup>3</sup> KRUTHOF, M., GERVEN, W., “A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Society of European Contract Law'un işbirliğiyle, 11-12 Haziran 2010 tarihlerinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenmiş olan “Sözleşmenin Riskleri: Finansal Kriz, Finansal Hizmetler ve Avrupa Sözleşme Hukuku” başlıklı konferansta sunulmuştur.

tapları belirlenecektir. Bunun yanı sıra, yatırım şirketlerinin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında uymaları gereken kurallara ve bunun özelinde yatırım şirketlerinin müşteriye en uygun koşullarda emir gerçekleştirme yükümlülüğüne ilişkin Yönerge hükümleri irdelenecektir. Son olarak, getirilen bu yeni düzen hükümlerinin yatırımcılar ile yatırım şirketi arasındaki ilişkiye etkileri irdelenecektir.

## **II. FİNANSAL ARAÇ PİYASALARI YÖNERGESİ**

### **A. MiFID'e İhtiyaç Duyulmasının Nedenleri**

Finansal Araç Piyasaları Yönergesi öncesinde, Avrupa Birliği'nin yatırım hizmetlerine ilişkin düzenlemesi, 10 Mayıs 1993'te yürürlüğe giren 1993/22/EEC sayılı Menkul Kıymetler Alanında Yatırım Hizmetlerine İlişkin Konsey Yönergesidir<sup>4</sup> (Investment Services Directive In The Securities Field-ISD).

ISD, yatırım şirketleri olarak anılan kuruluşların, sınır ötesi bir biçimde, kurulduğu ülkenin yetkili otoritesinden aldığı izinle, başka bir üye devlet otoritesinin yetkilendirmesine ihtiyaç duymaksızın ve fakat o üye devletin kurallarına tabi olmak üzere belirli finansal hizmetleri görebilmelerine ve şube açabilmelerine imkân sağlayacak bir düzenleme çerçevesi belirlemiştir. Bu nedenle, ISD rejiminde, sınır aşırı hizmet sunan yatırım şirketleri, söz konusu faaliyeti gerçekleştirdikleri üye devlette (host member state) geçerli olan faaliyet kurallarına tabi kılınmıştır. Dolayısıyla, Avrupa genelinde yatırım hizmeti sunan bir yatırım şirketi, çoğu kez birbiriyle tutarsız olan farklı kurullarla karşı karşıya kalmıştır.<sup>5</sup> ISD, yatırım şirketlerinin organizasyonel yükümlülüklerine, yetkilendirme ve faaliyet koşullarına, faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında uyulması gereken kurallara ilişkin olarak minimum standartlar geliştirmiş olmakla birlikte, bu asgari uyumlaştırma yöntemi yatırımcıların korunması ve yatırım şirketlerinin faaliyetlerini yürütürken uymaları gereken kurallar noktasında üye devletlerin farklı uygulamalar benimsemesine yol açmıştır.<sup>6</sup> Bu haliyle ISD, yatırım şirketlerinin faaliyetlerini yürütürken uymaları gereken kurallar özelinde de gerçek anlamda üye ülkelerin mevzuatları arasında uyumlaştırma sağlamaktan uzak bir uygulama ortaya çıkarmıştır.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Yönerge, 2002/87/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi ile son kez değiştirilmiştir (RG L 35, 11.2.2003, s.1)

<sup>5</sup> PENN, Bob, Markets in Financial Instruments Directive: An Introduction, Journal of International Banking and Financial Law, (Introduction) 2006, s. 2.

<sup>6</sup> PENN, Introduction, s. 1.; Moloney, Niamh: EC Securities Regulation, (OUP, 2008), s. 353-354.

<sup>7</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 2.

MiFID, bu olumsuz sonuçların doğmasını bertaraf etmek amacıyla, yatırım şirketlerinin, faaliyet gösterecekleri üye devletin mevzuatına uyma yükümlülüklerini ortadan kaldırarak, bunları yalnızca kuruldukları veya merkezlerinin bulunduğu ülkedeki düzenlemelere uymakla yükümlü kılmıştır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, ISD'nin sağlayamadığı “harmonize olmuş Avrupa uygulaması”nın MiFID'in yürürlüğe konulmasında en önemli itici gücü oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun yanı sıra, ISD'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra piyasalardaki gelişmelerin, özellikle alternatif işlem sistemlerin gelişmesinin ve yeni türev araçların ortaya çıkmasının, MiFID'e duyulan ihtiyacı artırdığının da belirtilmesi gerekmektedir.<sup>8</sup>

ISD'nin MiFID ile değiştirilmesinin temel gerekçeleri, MiFID'in resital bölümünde Yönerge'nin kabul nedenleri belirtilirken şöyle ifade edilmiştir: “Menkul Kıymetler Alanındaki Yatırım Hizmetlerine İlişkin 10 Mayıs 1993 tarih ve 93/22/AET sayılı Konsey Yönergesi orijin üye devlet tarafından yetkilendirilen ve denetlenen yatırım şirketlerinin ve bankaların, diğer üye devletlerde belirli hizmetleri sunmaları veya şube kurmalarının koşullarını oluşturmayı öngörmektedir. Bu hedef doğrultusunda söz konusu Yönerge, faaliyetin yürütülmesi sırasında uyulacak kuralları da içeren yatırım şirketlerinin ilk yetkilendirme ve faaliyet koşullarının uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır. Aynı zamanda düzenlenmiş piyasaların işleyişini belirleyen bazı koşulların uyumlaştırılmasını da temin etmektedir. Son yıllarda daha fazla sayıda yatırımcı finansal piyasalarda aktif rol oynamakta ve daha karmaşık ve geniş kapsamlı hizmetler ve araçlar sunulmaktadır. Bu gelişmeler ışığında, Topluluğun hukuki çerçevesinin yatırımcıya yönelik faaliyetlerin tamamını içermesi ve yatırımcılara yüksek seviyede bir koruma sağlayacak ve yatırım şirketlerinin, Tek Pazar olan, Topluluk içinde orijin üye devletlerin denetiminde hizmet verebilmelerine izin verecek bir derecede uyumlaştırmanın sağlanması gerekli olduğundan; 93/22/AET sayılı Yönerge'nin yeni Yönergeyle değiştirilmesi” gerekmektedir.<sup>9</sup>

Bu gerekçelerle AB, finansal piyasalarda bütünleşme ve uygulama birliğini sağlama gayesiyle ve Finansal Hizmetler Eylem Planında (FSAP) öngörülen temel hedefler için kilit rol oynamak üzere<sup>10</sup>, 2004/39 EC sayılı Finan-

<sup>8</sup> PENN, Bob, Markets in Financial Instruments Directive: Changes to the Scope of Regulation, Journal of International Banking and Financial Law, (Changes) 2006, s. 3.

<sup>9</sup> Yönerge, Resital, Paragraf 1-2.

<sup>10</sup> PENN, Introduction, s. 1.; Bu bağlamda, MiFID'in, FSAP'in leviathan'ı olduğu ifade edil-

## *AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi*

sal Araç Piyasaları Yönergesi'ni 30 Nisan 2004 tarihinde kabul ederek 1 Kasım 2007 tarihinde yürürlüğe koymuştur. Söz konusu Yönerge'ye paralel olarak, ikincil seviyede, 10.08.2006 tarih ve 1287/2006 sayılı Tüzük<sup>11</sup> ile aynı tarih ve 2006/73/EC sayılı Yönerge<sup>12</sup> de yürürlüğe konulmuştur. 2004/39/EC sayılı Yönerge üye devletlerce uygulanacak ana kuralları belirlerken, 1287/2006 sayılı Tüzük, yatırım şirketlerine yönelik işlem raporlama kurallarını, emir ve işlemlere ilişkin kayıt tutma yükümlülüklerini, piyasa şeffaflığı kuralları ile finansal araçların kotasyonunu; 2006/73/EC sayılı Yönerge ise yatırım şirketlerine yönelik organizasyonel yükümlülükler ile faaliyet koşullarını düzenlemektedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, MiFID ve akabinde yürürlüğe konulan ikincil seviyedeki düzenlemelerin, Lamfalussy modeli<sup>13</sup> olarak adlandırılan düzenleme tekniği ile üretilmiş olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, sistemin ana hatları ve esaslı hükümler birinci seviye düzenleme olarak anılan MiFID ile düzenlenmiş, MiFID'in belirlediği bu genel çerçeve ikinci seviye düzenleme olarak anılan 1287/2006 sayılı Tüzük ve 2006/73/EC sayılı Yönerge ile detaylandırılmış ve özelleştirilmiştir.<sup>14</sup>

MiFID'in getirdiği temel değişiklikler, menkul kıymetlerin ticaretinde “best execution”, müşteri sınıflandırmaları, raporlamalar da dâhil olmak üzere faaliyetin yürütülmesine ilişkin kuralların uyumlaştırılması, yatırım şirketlerinin iç yönetimine ilişkin kurallar, ISD'nin yoğunlaşma kurallarının kaldırılması, çok taraflı işlem platformları (Multilateral Trading Facilities-MTF) için Avrupa pasaportu uygulaması ve tek pasaport rejiminin kapsamının genişletilmesi olarak sıralanabilir.<sup>15</sup>

MiFID kapsamındaki yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinin yatırım şirketleri tarafından yerine getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda MiFID, yatırım şirketlerinin ve yatırım hizmetlerinin düzenlenmesinde, “kuruma da-

---

mektedir. Bkz. Moloney, s. 356.

<sup>11</sup> Tüzüğün tam metni için bkz.; [http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Narizeni\\_Evropske\\_komise\\_1287-2006\\_pdf.pdf](http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Narizeni_Evropske_komise_1287-2006_pdf.pdf), Erişim Tarihi: 12.08.2010.

<sup>12</sup> Yönerge'nin tam metni için bkz.; [http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Provadeci\\_smernice\\_2006-73-EC\\_pdf.pdf](http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Provadeci_smernice_2006-73-EC_pdf.pdf), Erişim Tarihi: 12.08.2010.

<sup>13</sup> Lamfalussy modeline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; GREAVES, Rosa, “The Lamfalussy Legislative Model: A New Era For The EC Securities and Investment Services Regime”, <http://www.jstor.org/pss/3663121>, Erişim Tarihi: 12.08.2010.

<sup>14</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 4.; Moloney, s. 356-357.

<sup>15</sup> CASEY, Jean-Pierre, LANNOO, Karel, The MiFID Revolution, ECMI Policy Brief, No. 3/ November, 2006, s. 5.

yalı” yaklaşım yerine “işleve dayalı” yaklaşımı tercih etmiştir. Bunun sonucu olarak, öngörülen düzenlemeler, hizmeti sunan yatırım aracısının hukuki statüsüne (örneğin banka veya yatırım şirketi olmasına) bağlı olmaksızın yatırım hizmetlerinin sunulmasında uygulama alanı bulacaktır.<sup>16</sup> Yönerge’nin yatırımcılarla yatırım şirketleri arasındaki ilişkiye etkisine ilişkin açıklamalarını hemen öncesinde, MiFID’in uygulanması kapsamında yatırım hizmeti, yatırım şirketi ve müşteri kavramlarının irdelenmesinde fayda görülmektedir.

### **B. MiFID Kapsamında Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri**

MiFID kapsamındaki yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinin neler olduğunun belirlenmesi, Yönerge’nin uygulama kapsamının belirlenmesi açısından önem taşıdığı gibi, aşağıda da vurgulanacağı üzere yatırım şirketinin tanımı açısından da önem taşımaktadır. MiFID’in “Tanımlar” kenar başlıklı 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde “yatırım hizmetleri ve faaliyetleri”, Ek I Bölüm C’de listelenmiş olan araçlardan herhangi biriyle ilişkili olarak Ek I Bölüm A’da listelenen hizmetler ve faaliyetlerin sunumu; aynı fıkranın üçüncü bendinde “yardımcı hizmetler” ise Ek I Bölüm B’de listelenen hizmetlerden herhangi biri olarak tanımlanmıştır. Buna göre; MiFID uyarınca finansal piyasalarda yürütülebilecek faaliyetler yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yardımcı faaliyetler olarak iki gruba ayrılmaktadır.

Yönerge’nin (I) numaralı ekinin (A) bölümünde yatırım hizmetleri ve faaliyetleri sekiz bent halinde sayılmış olup, bunlar;

(1) Finansal araçlarla<sup>17</sup> ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi

<sup>16</sup> Moloney, s. 396-397.

<sup>17</sup> Yönerge kapsamına alınan finansal araçlar; devredilebilir menkul kıymetler; para piyasası araçları; kolektif yatırım kuruluşlarının katılma belgeleri; menkul kıymet, yabancı para, faiz oranı ya da getiriye veya diğer türev araçlar, finansal göstergeler veya finansal ölçülere dayalı, fiziksel veya nakdi olarak uzlaşması yapılabilen, opsiyonlar, vadeli işlem sözleşmeleri, swap, vadeli oran/fiyat anlaşmaları ve diğer türev araç sözleşmeleri, (temerrüt sebebinden ya da diğer fesih halleri dışında) nakdi olarak uzlaşma yapılması gereken veya taraflardan birinin seçimi üzerine nakdi olarak uzlaşması yapılabilen, mala dayalı, opsiyonlar, vadeli işlem sözleşmeleri, swap, vadeli oran/fiyat anlaşmaları ve diğer türev araç sözleşmeleri, düzenlenmiş bir piyasada ve/veya MTF’de işlem görmesi kaydıyla, fiziki uzlaşması yapılabilen, mala dayalı, opsiyonlar, vadeli işlem sözleşmeleri, swap ve diğer türev araç sözleşmeleri; yukarıda belirtilmeyen fiziki olarak takas edilebilen ve ticari amaçlı olmayan, diğer hususlar yanında kabul görmüş takas kurumlarınca takas edildiği ya da düzenli teminat tamamlama çağrılarına tabi olduğu hususları dikkate alınarak diğer finansal türev araçların özelliklerine sahip olan, mala dayalı, opsiyonlar, vadeli işlem sözleşmeleri, swap, vadeli işlemler ve diğer türev araç sözleşmeleri, kredi riskinin transferine yönelik türev araçlar; finansal fark sözleşmeleri, temerrüt sebebinden ya da diğer fesih halleri dışında nakdi olarak uzlaşma yapılması gereken veya taraflardan birinin seçimi üzerine nakdi olarak uzlaşması yapılabilen, iklim değişikle-

## *AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi*

- (2) Müşterilerin namına emirlerin gerçekleştirilmesi
- (3) Kendi hesabına işlem yapılması
- (4) Portföy yönetimi
- (5) Yatırım tavsiyesi
- (6) Finansal araçlarda aracılık yüklenimi ve/veya finansal araçların satın alma taahhüdünde bulunularak satılması
- (7) Finansal araçların satın alma taahhüdünde bulunulmaksızın satılması
- (8) Çok taraflı işlem sistemlerinin (multilateral trading facilities, MTFs) işletilmesidir.<sup>18</sup>

Yönerge'nin (I) numaralı ekinin (B) bölümünde ise yedi bent halinde yardımcı hizmetler düzenlenmiş olup, bunlar;

- (1) Emaneten saklama ve nakit veya teminat yönetimi gibi hizmetler dâhil olmak üzere, müşterilerin hesabına finansal araçların saklanması ve yönetimi;
- (2) Yatırım şirketinin de işlemlere dâhil olduğu durumlarda, bir veya birden çok finansal araç üzerinde işlem yapabilmesine imkân tanımak üzere yatırımcılara kredi ya da ödünç vermek;
- (3) Kuruluşlara sermaye yapıları, endüstriyel stratejileri ve ilgili hususlarda tavsiyelerde bulunmak ve kuruluşların birleşmesi ve satın alınması ile ilgili tavsiye ve hizmet sunmak;
- (4) Yatırım hizmetleri sunulması ile bağlantılı döviz hizmetleri;
- (5) Finansal araçlardaki işlemlerle ilgili yatırım araştırması ve finansal analiz ya da diğer genel tavsiye biçimleri;
- (6) Aracılık yüklenimi ile ilgili hizmetler;
- (7) Yatırım hizmetleri ya da yardımcı hizmetlerin sunulması ile bağlantılı

---

ri, nakliye ücretleri, emisyon ödenekleri veya enflasyon oranları veya diğer resmi ekonomik istatistiklere dayalı, opsiyonlar, vadeli işlem sözleşmeleri, swap, vadeli oran/fiyat anlaşmaları ve diğer türev araç sözleşmeleri ile diğer hususlar yanında düzenlenmiş bir piyasada veya MTF'de işlem gördüğü, kabul görmüş takas kurumlarınca takas edildiği ya da düzenli teminat tamamlama çağrılarında tabi olduğu hususları dikkate alınarak diğer finansal türev araçların özelliklerine sahip olan, bu Bölümde belirtilmeyen varlığa, haklara, yükümlülüklerle, göstergelere veya ölçülere dayalı diğer türev araç sözleşmeleri olarak belirlenmiştir. Bkz. Yönerge, Ek I, Bölüm C.

<sup>18</sup> MiFID, ISD'den farklı olarak alternatif işlem kanallarından olan MTF'lerin işletilmesini ve yatırım tavsiyelerinde bulunulmasını esas faaliyetler içinde değerlendirerek, yeni yatırım faaliyeti olarak tanımlamış ve düzenleme kapsamına almıştır.



oldukları durumlarda, bölüm C 5, 6, 7 ve 10 kapsamında türev araçların dayanak varlıklarına ilişkin Ek I Bölüm A veya B kapsamındaki türden yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yardımcı hizmetlerdir.

### **C. MiFID Kapsamında Yatırım Şirketleri**

#### **1. Tanımı ve kapsamı**

MiFID kapsamında yukarıda belirtilen yatırım hizmetleri ve faaliyetleri, yatırım şirketleri tarafından yerine getirilebilmektedir.

Yönerge'nin "Tanımlar" kenar başlıklı 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde "Yatırım şirketi", düzenli uğraşı ya da işi profesyonel esaslarla üçüncü kişilere yatırım hizmeti sunmak ve/veya yatırım faaliyeti icra etmek olan tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Aynı bent uyarınca, üye devletler, hukuki statüleri üçüncü kişilerin çıkarlarına tüzel kişilerin sağladığına denk bir koruma sağlıyorsa ve hukuki durumlarına uygun bir ihtiyatlılık denetimine tabi iseler tüzel kişiliği olmayan firmaları da yatırım şirketi tanımını içine dâhil edebilmektedir.<sup>19</sup>

Anılan bendin devamında, bir gerçek kişinin üçüncü kişilerin fonlarını ya da devredilebilir menkul kıymetlerini elde tutmayı içeren hizmetler sunması ve aşağıdaki koşullara uyması halinde Yönerge'nin amaçları doğrultusunda yatırım şirketi olarak nitelendirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükümde bahsi geçen şartlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

a) Üçüncü kişilerin finansal araçlardaki ve fonlardaki mülkiyet hakları, özellikle şirketin ya da sahiplerinin iflasına, müsaderesine, takasa ya da şirketin veya sahiplerinin alacaklılarının diğer eylemlerine karşı korunmalıdır.

b) Şirket, şirketin ve ortaklarının ödeme gücünü izlemek üzere belirlenmiş kurallara tabi olmalıdır.

c) Şirketin yıllık hesapları, ulusal hukuk düzenlemeleri uyarınca hesapları incelemeye yetkilendirilmiş bir ya da birden fazla kişi tarafından denetlenmelidir.

d) Şirketin tek sahibinin olduğu durumlarda, bu kişinin ölümü, iş göremezliği ya da benzer başka bir olay sonucunda şirketin işlerine ara vermesi durumunda yatırımcıları korumak amacıyla gerekli tedbirler alınmalıdır.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Yönerge, md. 4/1-1.

<sup>20</sup> Yönerge, md. 4/1-1. Moloney, s. 398.



## **2. Yetkilendirilme koşulları ve tek pasaport ilkesi**

Yatırım şirketlerinin yetkilendirilme koşulları, Yönerge'nin "Yatırım Şirketlerinin Yetkilendirilme ve İşletme Şartları" başlıklı II numaralı başlığı altında "Yetkilendirme Koşulları ve Usulleri" kenar başlıklı birinci bölümde düzenlenmiştir. Buna göre, her üye devlet yatırım hizmetlerinin ya da faaliyetlerinin icrasını ön izne tabi tutabilmekte ve böyle bir yetkilendirme orijin üye devlet<sup>21</sup> yetkili otoritesince verilmektedir.<sup>22</sup>

Yatırım şirketlerinin yetkilendirilmesi bir veya daha fazla yatırım hizmeti için söz konusu olmakta, bu yetkilendirmeye birlikte bir veya birden fazla yan hizmet de kapsama alınabilmektedir. Buna göre, MiFID kapsamında yalnızca yan hizmetleri kapsayan bir yetkilendirme verilememektedir.<sup>23</sup> Bir başka deyişle; yan hizmetleri sunan şirketler eğer yatırım hizmetleri ya da faaliyetlerinden birini sunmak için de yetki alırlarsa ancak o zaman MiFID kapsamında değerlendirilirler ve MiFID düzenlemelerine uymakla yükümlü olurlar.

Yetkilendirme, tüm Avrupa Topluluğu içinde geçerlidir. Buna göre, bir kez yetkilendirilen yatırım şirketi, Topluluk çapında şube açabilir ya da hizmetlerin serbest dolaşımı yoluyla sınır ötesinde yetkili olduğu hizmetleri sunabilir veya faaliyetleri icra edebilir.<sup>24</sup> Yönerge'nin sağladığı bu imkân tek pasaport ilkesi adıyla anılır.<sup>25</sup>

## **3. Faaliyet şartları**

Yatırım şirketlerinin faaliyet şartlarına ilişkin genel hükümler, Yönerge'nin 16-18'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre Yöner-

<sup>21</sup> Yönerge'ye göre orijin üye devlet"; yatırım şirketleri için; şirketin gerçek kişi şirketi olması durumunda genel merkezinin bulunduğu devlet, şirketin tüzel kişi olması durumunda kayıtlı ofisinin olduğu devlet veya tüzel kişinin ulusal kanunlarına göre kayıtlı ofis şartı olmaması durumunda şirketin merkezinin bulunduğu devlettir. Düzenlenmiş piyasalar için ise; kayıtlı ofisin bulunduğu devlet veya düzenlenmiş piyasanın bulunduğu ülkenin kanunlarına göre kayıtlı ofis şartı olmaması durumunda genel merkezin olduğu devlettir. Yönerge, md. 4/20. Ev sahibi üye devlet" ise yatırım şirketinin orijin üye devlet dışında şubesinin olduğu veya hizmet verdiği devlettir. Ayrıca uzaktan erişimli üyeler veya katılımcılar için gerekli ayarlamaları yaparak, bu katılımcıların işlem yapmalarını kolaylaştıran düzenlenmiş piyasanın bulunduğu devlet de ev sahibi üye devlet sayılmaktadır. Yönerge, md. 4/21.

<sup>22</sup> Yönerge, md. 5/1.

<sup>23</sup> Yönerge, md. 6/1.

<sup>24</sup> Yönerge, md.6/3.

<sup>25</sup> Moloney, s. 392.

ge, başlangıçtaki yetkilendirme için sağlanması gerekli koşulların düzenli olarak gözden geçirilmesine, yatırım şirketlerinin faaliyetlerinin sürekli olarak izlenmesine ve denetlenmesine, üye devletlerin yatırım şirketlerinin, yöneticileri, çalışanları ve acenteleri ya da kontrolü altındaki doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantılı kişiler de dâhil olmak üzere, kendi çıkarları ile müşterilerinin çıkarları arasında ya da bir müşteri ile diğer bir müşteri arasında bir yatırım hizmeti veya yardımcı hizmetin sunulmasından ya da bunların birleşiminden doğan çıkar çatışmalarını belirlemek için gerekli tüm tedbirleri almalarına ilişkin düzenlemeler öngörmektedir.

#### **D. MiFID Kapsamında Müşteri Sınıflandırması**

MiFID'in selefi ISD, yatırım şirketlerinin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında uymaları gereken kuralların bireysel ve profesyonel yatırımcılar arasındaki fark gözetilerek belirlenmesi gerektiğini hüküm altına almış olmakla birlikte, müşterilerin sınıflandırılmasına ilişkin herhangi bir kural ihtiva etmediğinden, üye devletlerin bu hususta farklı düzenlemeler benimsemesine neden olmuştur.<sup>26</sup> ISD'deki bu belirsizlik MiFID düzenlemesinde dikkate alınmıştır.

MiFID anlamında yatırımcı ile yatırım şirketi arasındaki ilişkinin ortaya konulabilmesi için MiFID'in "Tanımlar" kenar başlıklı 4'üncü maddesinde tanımlanan müşteri ve müşteri sınıflandırmalarının anlaşılması gerekmektedir. Zira, MiFID uyarınca yatırım şirketlerinin yükümlülükleri müşteri türüne göre değişebilmekte, yatırım şirketleri sundukları yatırım hizmetine karşılık gelen uygulamaları müşteri sınıflandırmasına göre farklılaştırabilmektedir. Buna paralel olarak MiFID, müşterilere, buldukları sınıflara göre farklı koruma seviyeleri sağlamaktadır.<sup>27</sup>

MiFID'in 4'üncü maddesi uyarınca müşteri; yatırım kuruluşlarının yatırım hizmetleri ve/veya yardımcı hizmetler sundukları tüm gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Yönerge, müşterileri, profesyonel müşteriler, bireysel müşteriler ve uygun karşı taraf (eligible counterparty) olmak üzere üçlü bir yapılanma dâhilinde düzenlemektedir.

<sup>26</sup> Bu bağlamda, örneğin, İngiltere, farklı müşteri kategorileri ve bunların her biri için farklı seviyede koruma öngörürken, Belçika konuya ilişkin herhangi bir farklılaşma yaratmamıştır. KRUIHOF, GERVEN, s. 7.

<sup>27</sup> PENN, Bob, Markets in Financial Instruments Directive: Conduct of Business, Journal of International Banking and Financial Law (Conduct of Business), 1 January 2007, s. 4.

## *AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi*

Yönerge uyarınca profesyonel müşteri; Ek II de belirtilen kategorilere dâhil olan ve kendi yatırım kararlarını bilgi, deneyim ve uzmanlığa sahip olarak alan ve bunlardan doğacak riskleri değerlendirebilen müşterileri ifade etmek üzere kullanılmıştır. MiFID temelde, profesyonel müşteri olduğu kabul edilenler (kendiliğinden profesyoneller) ve kendi talepleri doğrultusunda profesyonel olarak nitelendirilenler (seçilmiş profesyoneller) olmak üzere iki tür profesyonel müşteri belirlemiştir.<sup>28</sup> İlk kategoride yer alan kendiliğinden profesyonellerin kapsamı dörtlü bir ayırım ile belirlenmiştir. Buna göre, Yönerge'nin II nolu eki çerçevesinde aşağıda sayılan kişi ve kurumlar tüm yatırım hizmetleri, faaliyetleri ve finansal araçlar bakımından profesyonel müşteri olarak kabul edilmektedir.

*1- Mali piyasalarda faaliyet göstermek için yetkilendirilmesi ya da düzenlenmesi gerekli olan kuruluşlar:* Bu kuruluşlara ilişkin Yönerge'de verilen liste, bir üye devlet tarafından Yönerge'ye dayanılarak veya dayanılmaksızın yetkilendirilen kuruluşları veya üye olmayan devletlerce yetkilendirilen veya düzenlenen kuruluşları kapsamaktadır. Buna göre; söz konusu kuruluşlar, kredi kurumları, yatırım firmaları, faaliyet göstermek için yetkilendirilmiş ya da düzenlenmiş diğer finansal kurumlar, sigorta şirketleri, kolektif yatırım fonları ve bu fonların yönetim şirketleri, emeklilik fonları ve bu fonların yönetim şirketleri, emtia ve emtia türevleri satıcıları, yereller ve diğer kurumsal yatırımcılar olarak sıralanabilir.

*2- Şirket bazında aktif büyüklüğü 20 000 000 Euro'ya eşit veya daha büyük olma, net cirosu 40 000 000 Euro'ya eşit veya daha büyük olma, ödenmiş sermayesi 2 000 000 Euro'ya eşit veya daha büyük olma kriterlerinden en az ikisini bir arada sağlayan kuruluşlar.*

*3- Ulusal ve bölgesel hükümetler, kamu borcunu idare eden kamusal organlar; Merkez Bankaları, Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF), Avrupa Merkez Bankası, Avrupa Yatırım Bankası ve bunlara benzer diğer uluslar arası ve uluslar üstü kurumlar ve örgütler.*

*4- Varlıkların menkul kıymetleştirilmesi ve diğer mali işlemlerle uğraşan kuruluşlar da dâhil olmak üzere esas faaliyeti finansal araçlara yatırım yapmak olan diğer kurumsal yatırımcılar.*

<sup>28</sup> Moloney, s. 596-597; KRUIHOF, GERVEN, s. 11.

Yukarıda sayılan kişi ve kurumlar profesyonel müşteri olarak sayılmakla birlikte, bunlar profesyonel statüsünde değerlendirilmemeyi ve daha yüksek düzeyde koruma hükümlerine tabi olmayı talep edebileceklerdir. Bunun yanı sıra, bu dört kategori kapsamında yer almayan diğer yatırımcılar da, talepleri üzerine, Yönerge’de belirlenen çeşitli kriterlere bağlı olarak profesyonel müşteri sınıfına dâhil edilebilirler. Bu halde anılan müşteriler, seçilmiş profesyoneller olarak değerlendirilirler ve bunun sonucu olarak, MiFID’in yatırım şirketlerini uymakla yükümlü kıldığı kuralların ancak bir kısmından yararlanma imkânına sahip olurlar.<sup>29</sup>

Yönerge kapsamında bireysel müşteri tanımı da profesyonel müşteri kavramı kullanılarak yapılmış olup, Yönerge’nin 4’üncü maddesinde profesyonel müşteri olmayan müşteriler bireysel müşteri olarak anılmıştır. Buna göre bireysel müşteriler, finansal kuruluş ya da kamu kurumu olmayan tüm gerçek ve tüzel kişileri, küçük ve orta büyüklükte teşebbüsleri kapsamaktadır.<sup>30</sup>

Yönerge’de düzenlenen son müşteri kategorisi olan uygun karşı taraf ise yatırım kuruluşlarının sermaye piyasalarında işlem gerçekleştirebileceği seçilmeye ehil karşı tarafları ifade etmektedir. Yönerge uyarınca, yatırım şirketleri, kredi kurumları, UCITS ve bunların yönetim şirketleri, emeklilik fonları ve bunların yönetim şirketleri, Topluluk mevzuatı ya da üye devletlerin ulusal hukuklarınınca yetkilendirilmiş ya da düzenlenmiş diğer her türlü finansal kurum, Yönerge hükümlerinden muaf tutulan bazı kuruluşlar, ulusal hükümetler ve hazineleri (ulusal hükümetlerin kamu borcuyla ilgilenen birimleri), merkez bankaları ve uluslar üstü örgütler (IMF, Dünya Bankası vb) ile üye devletlerin ihtiyarında olmak üzere, bu sayılanlara denk olup da Avrupa Ekonomik Topluluğu dışındaki kuruluşlar uygun karşı taraf olarak seçilebilecek kurum ve kuruluşlar arasında yer almaktadır.<sup>31</sup>

MiFID ile bu şekilde bir yatırımcı sınıflandırılması yapılmış olmasına rağmen, MiFID ve ikincil seviye düzenlemeler, bu yatırımcı sınıflandırılmasına karşılık gelecek şekilde her bir müşteri tipine uygulanacak kuralları farklılaştırarak listeleme şeklinde bir yaklaşımla belirlemek suretiyle düzenlememişlerdir.<sup>32</sup> Ancak, Komisyon’un ikincil seviyede düzenleme yap-

<sup>29</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 12; Moloney, s. 597.

<sup>30</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 14.

<sup>31</sup> PENN, Conduct of Business, s. 5.

<sup>32</sup> MiFID’de müşteri sınıflandırmasının yarattığı farklılaşmaya ilişkin tek örnek müşteri emir-

masına yetki veren hüküm, bu uygulama kuralları belirlenirken müşterinin bireysel veya profesyonel olması hususunun dikkate alınması gerektiğini açıkça ifade etmektedir.<sup>33</sup>

### **III. YATIRIM ŞİRKETLERİNİN FAALİYETLERİNİ YÜRÜTÜRKEN UYMALARI GEREKEN KURALLAR**

#### **A. Genel Olarak**

Yatırım şirketlerinin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında uymaları gereken kurallar esas itibarıyla yatırımcıların korunmasında kilit rol üstlenmektedir. Nitekim, MiFID'in ortaya atılmasındaki temel düşüncelerden biri de yatırım şirketlerinin faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında yerine getirmeleri gereken kuralları yeknesaklaştırma ihtiyacıdır.<sup>34</sup>

Bu bağlamda, yatırımcı-yatırım şirketi ilişkisine yönelik en kapsamlı reform MiFID'in faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallar (conduct of business) rejimi (md. 19-22) ve ikincil seviyede çıkarılan Yönerge'deki hükümler (md. 27-50) ile gerçekleştirilmiştir. Bu yeni rejim, özellikle, daha güçlü bireysel piyasaların gelişimini teşvik etmek amacıyla sağlam bir yatırımcıyı koruma sistemi kurmak üzere tasarlanmıştır. Buna göre; MiFID'in faaliyetin yürütülmesine yönelik kurallar rejimi, temel bir yükümlülük olan adil, dürüst ve müşteri çıkarlarına uygun şekilde hareket etme yükümlülüğünü (md. 19/1), bilginin ve pazarlama sürecinde kamuyu aydınlatmanın dürüst, açık olmasına ve yanıltıcı olmamasına ilişkin yükümlülüğü (md. 19/2), yatırımcılara sağlanacak bilgiyi (md. 19/3), uygunluk kurallarını (md. 19/4-6), müşteri sözleşmesini (md. 19/7), müşteriye dönemsel raporlama yükümlülüğünü (md. 19/8), en iyi icra kuralını (md. 21) ve emir idaresi kurallarını (md. 22) kapsamaktadır.<sup>35</sup>

---

lerini gerçekleştiren sistematik işleme sağlayıcıların yükümlülüklerine ilişkin 27'nci maddenin üçüncü fıkrasıdır. Buna ilave olarak, Yönerge'nin 24 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Yönerge'nin faaliyetin yürütülmesine yönelik kurallarını ihtiva eden 19 uncu maddesi, müşteri emirlerinin en iyi şekilde icrasına ilişkin 21 inci maddesi ve müşteri emirlerinin idaresine ilişkin 22 nci maddesinin birinci fıkrası yatırım şirketlerinin uygun karşı tarafla işlem yaptığı veya bu işlemlere ilişkin yardımcı hizmetler sunduğu hallerde uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. PENN, Conduct of Business, s. 4.

<sup>33</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 16.

<sup>34</sup> PENN, Introduction, s. 4.

<sup>35</sup> MOLONEY, s. 591.

Yönerge'nin 19'uncu maddesinin ilk sekiz bendinde yatırım şirketlerinin yükümlülükleri genel olarak düzenlendikten sonra, dokuzuncu bentte bu yükümlülüklerle ilişkin muafiyet hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre, bir yatırım hizmeti, eğer kredi kuruluşu ve tüketici kredisi ile ilgili müşterilerin risk değerlendirmesi ve/veya bilgi taleplerine ilişkin Topluluk mevzuatının diğer hükümlerine ya da ortak Avrupa standartlarına tabi ise, ayrıca 19'uncu maddede yer alan yükümlülüklerle tabi olmayacaktır.<sup>36</sup>

Hizmetlerin bir başka yatırım şirketi aracılığı ile sunulması halinde yatırım şirketlerinin uymaları gereken kurallar da MiFID kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre; müşterisi adına başka bir yatırım şirketi aracılığıyla yatırım hizmeti ya da yardımcı hizmet sunma talimatı almış bir yatırım şirketi, diğer şirket tarafından iletilen müşteri bilgisine güvenebilir. Bu halde, talimata aracılık eden yatırım şirketinin iletilen bilginin tam ve doğru olması konusundaki sorumluluğu devam etmektedir.<sup>37</sup> Aynı durum yatırım şirketlerinin sunduğu tavsiye ve danışmanlık hizmetleri gibi hizmetler bakımından da geçerlidir. Bir başka deyişle, müşterisi adına bu yolla hizmet sunma talimatı almış bir yatırım şirketi, diğer yatırım şirketi tarafından sunulan hizmet ya da işlemlere ilişkin tavsiyelere de güvenebilmekte, bu halde de yine talimatlara aracılık eden yatırım şirketi verilen tavsiyelerin müşteriye uygunluğu hususunda sorumlu olmaya devam etmektedir.<sup>38</sup> Nihayet, müşteri talimatlarını ya da emirlerini bir başka yatırım şirketi aracılığı ile alan yatırım şirketinin, bu bilgi ya da tavsiyeleri esas alarak gerçekleştirdiği hizmet ya da işlemlerden doğan sorumluluğu da devam etmektedir.<sup>39</sup>

Bunun yanı sıra, MiFID'in 19/10. maddesi, Komisyonu, yatırımcı haklarının korunması ve 19 uncu maddenin yeknesak uygulanması çerçevesinde, şirketlerin maddede getirilen ilkelere uyumunu sağlayacak uygulama kurallarını belirleme konusunda yetkilendirmektedir. Bu kurallar belirlenirken, işlemlerin türü, amacı, büyüklüğü ve sıklığı gibi hususlar dikkate alınarak, mevcut veya potansiyel müşterilere önerilen ya da sunulan hizmetlerin, önerilen ya da dikkate alınan finansal araçların özellikleri ile mevcut veya potansiyel müşterilerin bireysel ya da profesyonel olup olmadıklarına bakılacaktır. Benzer bir yetkilendirme aynı zamanda en iyi icra kuralı ve emir idaresi ve sonuçlandırılması kuralları için de yapılmıştır.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Yönerge, md. 19/9.

<sup>37</sup> Yönerge, md. 20/1.

<sup>38</sup> Yönerge, md. 20/2.

<sup>39</sup> Yönerge, md. 20/3.

<sup>40</sup> MOLONEY, s. 592.

## *AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi*

Aşağıda söz konusu kuralların kapsamı, uygulama alanı ile hüküm ve sonuçları kısaca ele alınmıştır.

### **B. Temel Yükümlülük**

MiFID'in 19'uncu maddesinin birinci fıkrası, yatırım şirketlerinin yatırım hizmeti sunarken dürüst, adil ve profesyonelce, müşteri çıkarlarına en uygun şekilde hareket etmelerini hükme bağlamaktadır. Bu temel yükümlülük, denetleyici otoritelere ve mahkemelere, yatırım şirketinin faaliyetlerini gözden geçirmek için bir ex-post mekanizma sağlamaktadır.<sup>41</sup> Yatırım şirketlerinin yatırım hizmeti sunarken dürüst, adil ve profesyonelce, müşteri çıkarlarına en uygun şekilde hareket etme yükümlülükleri, MiFID tarafından yapılan müşteri sınıflandırılmasına bağlı olmaksızın, tüm yatırımcı kitlesi ile yapılan işlemlerde uygulama alanı bulmaktadır.<sup>42</sup>

### **C. Bilgi Verme ve Aydınlatma Yükümlülüğü**

Bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü, MiFID'in yatırımcının korunması yaklaşımının önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Bu çerçevede, Yönerge'nin 19'uncu maddesinde pazarlama, sözleşme öncesi ve sözleşme sırasındaki bilgilendirme yükümlülüğü hükme bağlanmıştır. Buna ilave olarak, Yönerge'nin 21 ve 22'nci maddelerinde ise emirlerin yerine getirilmesi esnasındaki bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Yatırım şirketlerinin bilgi verme yükümlülükleri iki temel amaçtan hareketle düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, yatırım şirketlerinin sahip oldukları özellikler, bilgiyi elde etme ve üretme konusunda kendilerine bir avantaj sağlamak olduğundan, yatırım şirketlerine bilgi verme yükümlülüğü yüklenmesinin, yatırımcıların bu bilgileri kendilerinin elde etmesinden daha verimli bir yöntem olmasıdır. İkinci olarak, yatırımcıların rasyonel yatırım kararı almalarının sağlanması, sadece bunlara bilgi sunulması ile sağlanamamakta ve fakat bu bilginin yatırımcılar tarafından değerlendirilmesini gerektirmektedir. Yatırım şirketlerinin bilgiyi işleme ve yorumlama kapasiteleri yatırımcılara göre oldukça yüksek olduğundan, finansal düzenlemeler, yatırım şirketlerinin, yatırımcıların anlayabilecekleri şekilde bu bilgileri işlemelerini ve sunmalarını gerektirmektedir.

---

<sup>41</sup> MOLONEY, s. 600-601.

<sup>42</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 40.

MiFID'in müşteri sınıflandırma rejimi, yatırım hizmeti sunucularına bilgi yükümlülüğünü yükleyebilmek için bu iki amacı birleştirmektedir. Nitekim, mevcut finansal düzenlemeler, yaptığı yatırımın riskini anlayabilecek durumda olan yatırımcıların yaptıkları finansal işlemlere yatırımcının korunması amacıyla müdahil olma konusunda zorunlu bir durum olmadığı varsayımına dayanmaktadır. Buna göre profesyonel müşteriler, bilgiye ihtiyaçları olduğunu düşündükleri zamanda bilgi talep etme ve elde etme hakları bakımından korunmaktadırlar. Buna karşın bireysel müşteriler, rasyonel bir karar vermek için kendilerine ne gibi bir bilginin gerektiğini tespit edecek nitelikte görülmediklerinden, zorunlu bilgilendirme kuralları ile korunmaktadırlar.<sup>43</sup>

Yönerge uyarınca, yatırım şirketlerinin mevcut ve potansiyel müşterilere yönelik olarak sundukları tüm bilgiler adil ve açık olmalı, yanıltıcı olmamalıdır.<sup>44</sup> Bu bilgilere pazarlamaya yönelik iletişim de dâhil olup, pazarlama haberlerinin diğerlerinden açıkça ayırt edilebilir olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, yatırım hizmetlerinin ya da özel bir tür finansal aracın niteliğinin ve risklerinin makul bir şekilde anlaşılabilmesini teminen, yatırım şirketlerinin mevcut ve potansiyel müşterilere; yatırım şirketi ve sunduğu hizmetler, finansal araçlar ve önerilen yatırım stratejileri (verilen bilgiler bu yatırım araçlarında ya da bunlara ilişkin özel yatırım stratejilerinde bulunan mevcut riskler hakkında uygun tavsiye ve uyarıları içermelidir), ifa yerleri, ücretler ve bağlantılı masraflar hakkında uygun ve kapsamlı bilgileri anlaşılabilir bir şekilde sunmaları gerektiği de hükme bağlanmıştır.<sup>45</sup>

Bilgilendirme yükümlülüğünün bir unsuru olarak, Yönerge'nin 19'uncu maddesinin yedinci fıkrası uyarınca, yatırım şirketi, kendisi ile müşteri arasında anlaşılan, tarafların hak ve yükümlülüklerini ve şirketin müşteriye sunacağı hizmetle ilgili diğer şartları belirleyen belgeleri içeren kayıt tutmakla yükümlüdür. Yönerge'nin 19'uncu maddesinin sekizinci fıkrası bilgilendirme yükümlülüğünü, taraflar arasında devam eden ilişkiye taşımaktadır. Buna göre, müşterilere, yatırım şirketi tarafından, hizmetlerle ve işlemlerle bağlantılı maliyetler de dâhil olmak üzere sunulan hizmetlere ilişkin olarak yeterli düzeyde raporlama yapılmalıdır.

<sup>43</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 17-18.

<sup>44</sup> Yönerge, md. 19/2.

<sup>45</sup> Yönerge, md. 19/3.



MiFID ile getirilen bu bilgilendirme yükümlülüğü, temelde yatırımcının özgür bir şekilde hareket etmesini, seçim yapmasını korumakta ve karar almasını desteklemektedir. Bu sayede, yatırımcıların finansal piyasalarda makul bir şekilde karar alma ve özgürce seçimlerde bulunma talepleri bilgi aracılığıyla desteklenmektedir.

#### **D. Uygunluk Rejimi/Müşteriyi Tanıma Kuralı**

Uygunluk rejimi veya müşteriyi tanıma kuralı temelde yatırım şirketi ile müşteri arasındaki ilişkide bulunan asimetrik bilgiyi ve yatırımcının, yatırım şirketinin uzmanlığına ve doğru karar alma yeteneğine olan inancını yansıtmaktadır. MiFID tarafından detaylı bir uygunluk yükümlülüğünün getirilmesi, AB'nin bireysel yatırımcının korunması rejiminde önemli bir değişikliği ifade etmektedir. Uygunluk değerlendirmesi, her bir durumda yatırım şirketine duyulan inanç seviyesine bağlı olarak, uygunluğun değerlendirilmesi (assessment of suitability) ve yerindeliğin değerlendirilmesi (assessment of appropriateness) olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. MiFID ile getirilen uygunluk rejimi aynı zamanda yatırımcı sınıflandırma rejimi kapsamında yatırımcının statüsüne uygun olarak ayarlanmıştır. Nihayet, yatırımcının tercihi ve yeterliliğine açık bir vurgu olarak, sadece emirlerin icrasına ilişkin hizmetin uygunluk yükümlülüğüne tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.<sup>46</sup>

Yatırım şirketinin yatırım danışmanlığı ya da portföy yönetimi hizmeti sunduğu durumlarda Yönerge'nin 19'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca uygunluk değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir. Bu hüküm hem bireysel hem de profesyonel müşterilere uygulanmaktadır. Buna göre, yatırım şirketinin, söz konusu hizmetleri sunarken, uygunluk değerlendirmesi yapabilmek ve mevcut veya potansiyel müşterilere uygun yatırım hizmetleri ve finansal araçları tavsiye edebilmek için, müşterilerin ürün ya da hizmetin özel türleriyle ilgili yatırım alanında sahip olduğu bilgi ve tecrübesi, mali durumu ve yatırım amaçları hakkında gerekli bilgileri toplaması gerekmektedir.

Yönerge'nin 19'uncu maddesinin beşinci fıkrasında daha esnek uygunluk/yerindelik rejimi benimsenmiştir. Anılan hüküm, yatırım şirketlerinin Yönerge'nin 19'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen yatırım hizmetlerinden (yatırım danışmanlığı ya da portföy yönetimi) farklı hizmetler sunması halinde uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, yatırım şirketi, yatırımcıdan talep edilen hizmete veya belirli türdeki ürüne ilişkin yatırım alanın-

<sup>46</sup> MOLONEY, s. 614-615.

daki bilgi ve tecrübesine ilişkin olarak bilgi sunmasını isteyecektir.<sup>47</sup> Bu sayede, yatırım şirketi hizmet veya ürünün uygun/yerinde olup olmadığını değerlendirecektir. Bununla birlikte, müşterinin mali durumu veya yatırım amaçları konusunda değerlendirme yapılması gerekmemektedir. Yine ayrıca, MiFID md. 19/4 hükmündeki uygunluk sisteminin aksine, müşteri tarafından gerekli bilgilerin sunulmaması, risk uyarısı yapıldığı sürece, yatırım şirketinin hizmet sunmasını engellememektedir. Benzer şekilde, talep edilen bu bilgi çerçevesinde yatırım şirketi, ürün ya da hizmetin müşteriye uygun olmadığı kanaatine varırsa, yatırım şirketi müşteriyi uyarmak zorundadır. Ancak, bu durum ürün ya da hizmetin sunulmasına engel teşkil etmemektedir.<sup>48</sup>

MiFID ile getirilen bu uygunluk rejimi/müşteriyi tanıma kuralına ilişkin sistem tasarlanırken, müşteri sınıflandırılması da dikkate alınmıştır. Bu çerçevede, ikincil seviye düzenlemeler ile yatırım şirketleri bireysel müşteriler bakımından, müşterinin gerekli bilgi veya deneyime sahip olup olmadığını, yatırım riskine finansal olarak katlanabilir katlanamayacağını, müşterinin yatırım amaçlarının karşılanıp karşılanmayacağını anlamalarına yarayacak bilgileri mevcut veya potansiyel müşterilerinden temin etmekle yükümlü kılınmışlardır. Öte yandan, profesyonel müşteriler zaten yatırımlarının riskini anlayabilen ve bu riske katlanabilen müşteriler olarak değerlendirildikleri için, bu müşterilerine ilişkin olarak yatırım şirketlerinin bilgi toplama yükümlülükleri sınırlı tutulmuştur. Bunun yanı sıra, yukarıda ifade edildiği üzere, Yönerge'nin 19 uncu maddesinin beşinci fıkrası uyarınca yatırım şirketi, ilgili yatırımın müşterisine uygun olup olmadığını tespit etmek üzere, söz konusu yatırıma veya yatırım aracına ilişkin müşterinin bilgi ve deneyimine dair bilgileri temin etmekle yükümlü kılınmıştır. Diğer taraftan yatırım şirketlerinin profesyonel müşteriler bakımından, ilgili yatırımın veya yatırım aracının profesyonel müşteriye uygunluğunu tespit etmek gibi bir görevleri bulunmamaktadır.<sup>49</sup>

Son olarak, eğer yatırım şirketleri sadece müşteri emirlerini gerçekleştirme ve/veya kabul etme ve iletmeye ilişkin yatırım hizmetlerini yardımcı

<sup>47</sup> Yönerge, md. 19/5.

<sup>48</sup> Bununla birlikte, anılan durumda yatırım şirketinin süreci devam ettirmeden önce, MiFID'in 19 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirlenen müşterinin çıkarlarına en uygun şekilde hareket etme yükümlülüğünün devam ettiği ifade edilmektedir. Bkz. Moloney, s. 617.

<sup>49</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 25-28

## **AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi**

hizmetlerle birlikte ya da yardımcı hizmetler olmaksızın sunuyorsa, söz konusu yatırım şirketlerinin aşağıdaki şartları yerine getirmeleri halinde 19'uncu maddenin beşinci fıkrasında öngörülen bilgi toplama yükümlülüğüne uymaksızın müşterilerine bu hizmetleri sunmaları olanaklıdır. Anılan şartlar şöyle sıralanabilir:

- Yatırım hizmetlerin, düzenlenmiş piyasada ya da muadil üçüncü ülke piyasasında işlem görmesine izin verilen hisse senetleri, para piyasası araçları, bonolar veya diğer tür menkul kıymetleştirilmiş borçlar (bir türeve dayalı tahviller veya menkul kıymetleştirilmiş borçlar hariç), UCITS'ler ve diğer karmaşık olmayan finansal araçlara ilişkin olması: Bu halde, bir üçüncü ülke piyasası, Başlık III'te<sup>50</sup> yer alan eşdeğer şartları yerine getirmesi halinde bir düzenlenmiş piyasaya denk kabul edilmektedir. Komisyon muadil sayılan bu piyasaların bir listesini yayımlamakta ve bu liste düzenli olarak güncellenmektedir.

- Hizmetin mevcut veya potansiyel müşterinin inisiyatifi ile sunulması

- Mevcut veya potansiyel müşterinin, sunulan hizmetin ya da önerilen aracın yatırım şirketi tarafından uygunluğunun değerlendirilmesinin bu hizmet için zorunlu olmadığı, bu nedenle, ilgili faaliyetlerin yürütülmesi sırasında uyulacak kurallardaki benzer korumadan faydalanamayacağı hususunda açıkça bilgilendirilmiş olması<sup>51</sup>

- Yatırım şirketinin 18'inci maddede yer alan yükümlülüklerle uyması.<sup>52</sup>

### **E. Müşteri Emrinin En Uygun Koşullarda Gerçekleştirilmesi**

Müşteri emirlerinin en uygun koşullarda gerçekleştirilmesine, bir başka deyişle, en iyi icraya yönelik kurallar, emirleri icra eden aracılardan müşterileri için en uygun sonucu araştırmasını gerektirmektedir. Bu kurallar, özellikle emirlerin icra edilebileceği alanların parçalanmış bir görünüm arz ettiği

<sup>50</sup> Yönerge'nin III numaralı başlığı altında 36 vd. maddelerinde, düzenlenmiş piyasalara ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

<sup>51</sup> Bu bilgilendirme de Yönerge'nin 19'uncu maddesinin altıncı fıkrası uyarınca standart bir forma bağlanabilmektedir.

<sup>52</sup> Yönerge'nin "Çıkar Çatışması" başlıklı 18'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Yatırım şirketleri, yöneticileri, çalışanları ve bağlı acenteleri ya da bunlarla doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantılı kişiler de dâhil olmak üzere, kendi aralarında, kendi çıkarları ile müşterilerinin çıkarları arasında ya da bir müşteri ile diğer bir müşteri arasında bir yatırım hizmeti ve yardımcı hizmetin sunulmasından ya da bunların bileşiminden doğan çıkar çatışmalarını tespit etmek için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür.

ve birden fazla yerde aynı emrin icrasının mümkün olduğu durumlar (borsalar, alternatif işlem sistemleri, sistematik içselleştiriciler) bakımından, temel bir yatırımcının korunması mekanizması haline gelmiştir.

MiFID ile AB yatırım hizmetleri hukukunda ilk kez bireysel ve profesyonel müşteriler için en iyi icra yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yeni kurallar, fiyat oluşumuna ilişkin olarak yatırımcı ile yatırım şirketi arasındaki bilgi dengesizliğini gidermeyi ve yatırımcı işlemlerinin en iyi koşullarda gerçekleştirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>53</sup>

Yönerge'nin 21'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yatırım şirketlerinin, emirleri gerçekleştirirken fiyat, masraflar, hız, takas ve tasfiye olasılığı, büyüklük, özellik ve emrin gerçekleştirilebilmesi için gerekli diğer hususları dikkate alarak müşterileri için mümkün olan en iyi sonucu elde etmek amacıyla gerekli tüm tedbirleri almaları gerekmektedir. Görüldüğü üzere MiFID düzenlemesi, müşterinin menfaatine gerçekleşecek işlemde sadece en iyi fiyat yerine, genel olarak müşteri için en iyi sonuca önem vermektedir.<sup>54</sup> En uygun ya da en lehe koşulda emrin gerçekleştirilmesi yükümlülüğü gerek bireysel gerek profesyonel yatırımcılarla olan işlemler bakımından uyulması gereken bir yükümlülüktür.<sup>55</sup> Yönerge ile getirilen bu yükümlülüğün desteklenmesi bağlamında, yatırım şirketlerinin, Yönerge'nin 21'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca müşteri emirleri için mümkün olan en iyi sonucu elde etmelerini sağlayacak, emir gerçekleştirme planı da dâhil olmak üzere etkili düzenlemeler tesis etmeleri ve uygulamaları gerekmektedir.<sup>56</sup>

Yönerge'nin 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasında emir gerçekleştirme politikasının içeriğine ilişkin bir belirleme yapılmıştır. Buna göre, politikanın, her sınıf araç için, yatırım şirketlerinin müşterilerinin emirlerini gerçekleştirdiği değişik yerler ve ifa yeri seçimini etkileyen faktörler hakkında bilgi içermesi gerekmektedir. Bu bağlamda politika, yatırım şirketlerinin müşteri emirlerinin yerine getirilmesinde istikrarlı bir şekilde mümkün olan en iyi sonucu elde etmelerini sağlayacak yerleri içerir. Yönerge'de söz konusu emir gerçekleştirme politikasına ilişkin olarak onay yükümlülüğü geliştirilmiştir. Buna göre, yatırım şirketlerinin emir gerçekleştirme politikalarına ilişkin ola-

<sup>53</sup> MOLONEY, s. 621-622.

<sup>54</sup> EMRE, Zeynep, "MiFID Direktifi", TSPAKB Aylık Bülten, Sayı:54, s. 13.

<sup>55</sup> PENN, Conduct of Business, s. 6.

<sup>56</sup> Yönerge, md. 21/2.

rak müşterilerinin ön onayını almaları gerekmektedir. Buna ilave olarak, emir gerçekleştirme politikası, müşterilerin emirlerinin düzenlenmiş bir piyasa ya da MTF dışında gerçekleştirilmesi ihtimalini sağlıyorsa, yatırım şirketinin bu ihtimalden müşterilerini haberdar etmesi ve yatırım şirketlerinin müşterilerinin emirlerini düzenlenmiş bir piyasa ya da MTF dışında gerçekleştirilmeden önce müşterilerinden açık bir ön onay almaları gerekmektedir. Söz konusu onay genel bir sözleşme şeklinde veya bireysel işlemlerle ilgili olarak elde edilebilecektir.

Tüm bu hususların yanı sıra, yatırım şirketleri, emir gerçekleştirme düzenlemelerinin ve politikalarının etkinliğini izlemekle ve muhtemel eksiklikleri belirlemek ve düzeltmekle yükümlü kılınmışlardır. Bu denetim süreci özellikle, emir gerçekleştirme politikasında yer alan icra yerlerinin müşterilere mümkün olan en iyi sonuçları sağlayıp sağlamadığı ya da düzenlemelerinde değişiklik yapmalarının gerekip gerekmediği gibi hususları düzenli olarak değerlendirmelerini gerektirmektedir. Emir gerçekleştirme düzenlemelerinde ya da politikalarında meydana gelen önemli değişikliklerin müşterilere bildirilmesi gerekmektedir.<sup>57</sup> Ayrıca, Yönerge uyarınca yatırım şirketlerinin, müşterilerinin talebi halinde, emirlerini şirketin emir gerçekleştirme politikasına uygun olarak yerine getirdiklerini kanıtlayabilmeleri gerekmektedir.<sup>58</sup>

#### **F. Müşteri Emirlerinin İdaresine İlişkin Kurallar**

MiFID'in 22 nci maddesi müşteri emirlerinin işlenmesini ve çıkar çatışmalarının yönetilmesini düzenlemektedir. Buna göre yatırım şirketlerinin, müşterilerin emirlerini diğer müşteri emirlerine ve yatırım şirketinin ticari çıkarlarına göreceli olarak tam, adil ve hızlı bir şekilde gerçekleştirmelerini sağlayan yöntemleri ve düzenlemeleri uygulamaları gerekmektedir.<sup>59</sup> Hüküm ile aynı zamanda zaman önceliği kuralı getirilmekte olup, buna göre, yatırım şirketi benzer emirleri, emrin alınış zamanına göre gerçekleştirmelidir.<sup>60</sup>

Yatırım şirketleri, düzenlenmiş bir piyasada işlem görmesine izin verilmiş hisse senetleriyle ilgili mevcut piyasa koşulları altında anında gerçekleştirilmemiş olan bir limitli müşteri emrini, müşteri açıkça farklı bir talimat vermedikçe, diğer piyasa katılımcılarının kolay erişebilecekleri bir şekilde duyuru-

<sup>57</sup> Yönerge, md. 21/4.

<sup>58</sup> Yönerge, md. 21/5.

<sup>59</sup> Yönerge, md. 22/1.

<sup>60</sup> Moloney, s. 636.

rarak, bu emri mümkün olan en yakın zamanda gerçekleştirmeyi kolaylaştıracak önlemleri alır. Yatırım şirketlerinin, müşterinin limitli emirlerini düzenlenmiş piyasaya ya da MTF'ye ileterek, bu yükümlülüklerini yerine getirmeleri mümkündür. Yönerge, normal piyasa büyüklüğü ile karşılaştırıldığında büyük olan limitli emrin duyurulması yükümlülüğünden vazgeçme imkânını da sağlamaktadır.<sup>61</sup>

### **III. FAALİYET KURALLARININ YATIRIMCI-YATIRIM ŞİRKETİ ARASINDAKİ İLİŞKİYE ETKİLERİ**

MiFID ile yatırım şirketlerinin faaliyetlerini yürütürken uymaları gereken kurallar belirlenmiş ve ikincil seviyedeki düzenlemeler ile bu kurallar detaylandırılmıştır. Yukarıda ayrıntılarına yer verilen bu kurallar, yatırım şirketlerinin yatırım hizmetlerinden faydalanan yatırımcılara belirli düzeyde bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak, bu noktada ortaya çıkan temel sorun, söz konusu kuralların yatırımcı-yatırım şirketi arasındaki hukuki ilişkiye etkisinin ne olacağı ve söz konusu kuralların özel hukukta icra edilme kapasitelerinin olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda, MiFID'in yatırım şirketi ve müşterileri arasındaki ilişki hakkında belirlediği hukuki çerçevenin, üye ülkelerde mevcut durumda uygulanan ve sözleşmesel koşullar, yasa hükümleri ve mahkemelerce belirlenen tamamlayıcı kuralların birleşiminden oluşan yatırım hizmeti sunulmasına dair çerçevenin yerine geçtiği iddia edilmektedir. Diğer bir deyişle, MiFID ile birlikte yatırım şirketleri ile müşterileri arasındaki ilişkinin öncelikle düzenleyici otoriteler tarafından kulan kurallar ile yönetileceği ifade edilmektedir.<sup>62</sup>

Bununla birlikte, MiFID'in hükümlerinin niteliğine ilişkin olarak, anılan hükümlerin sadece denetime mi yönelik olduğu yoksa aynı zamanda özel hukuk ilişkilerini de etkileyebileceği konusunda bir belirleme yapılmadığı ifade edilmektedir. Ancak, bu şekilde açık bir hükmün bulunmamasının yerellik (subsidiarity) ve etkinlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada, AB yasa koyucusunun, üye ülkelerde farklı uygulaması bulunan sözleşme ve haksız fiil hukukuna müdahaleden kaçınma isteğinin, Yönerge'nin özel hukuk ilişkilerine etkisine yönelik açık hüküm barındırmamasını kısmen açıkladığı kabul edilmelidir. Buna ilave olarak, düzenlemenin üye ülkelerde yapılmasının AB tarafından yapılması kadar etkin

<sup>61</sup> Yönerge, md. 22/2.

<sup>62</sup> Bkz. Peter O. Mülberr: "The Eclipse of Contract Law in the Investment Firm-Client-Relationship: The Impact of the MiFID on the Law of Contract from a German Perspective" Guido Ferrarini and Eddy Wymeersch (Eds): Investor Protection in Europe, Corporate Law Making, the MiFID and Beyond (OUP, 2006) s. 300.

## *AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi*

olamayacağı hallerde AB seviyesinde yapılmasını ifade eden yerellik ilkesi de Yönerge'nin özel hukuka yönelik etkilerine dikkatli yaklaşımı açıklayan güçlü bir argümandır. Ancak bu durum, üye ülkelerin, Yönerge hükümlerinin hukuki niteliğini ve etkisini belirleme konusunda tam bir takdir yetkisi bulunduğu yorumuna olanak tanımamaktadır. Üye ülkelerin, Yönerge'yi iç hukuklarına uygularken, AB yasa koyucu tarafından gözetilen amaçları dikkate alması gerekmektedir.<sup>63</sup>

Öğretide Tison, yapmış olduğu analizler sonucunda, faaliyetin yürütülmesine yönelik kuralların, yatırım şirketlerinin müşterileri ile olan ilişkilerinde dikkate almaları gereken açık ve kesin yükümlülükler getirerek yatırımcının korunması amacını güttüğü sonucuna varmaktadır. Bu durumda, Yönerge'nin etkinliğinin, yatırımcılar için icra edilebilir herhangi bir hak yaratmayan iç hukuk düzenlemeleri aracılığıyla sağlanabileceğini iddia etmek hayli güçtür. Faaliyetin yürütülmesine yönelik kuralların Yönerge'den kaynaklanan ruhu, üye ülkelerdeki yasa koyuculara bu kuralların özel hukuka etkilerini yok sayma veya dışlama konusunda bir yol bırakmamaktadır. Bunun aksine, yatırım şirketleri için getirilen yetkilendirme rejiminin ve ihtiyatlılık kurallarının bireysel yatırımcının korunması düşüncesine bağlanması zor olup, bu nedenle, MiFID, üye ülkelerden söz konusu kurallara uymamaya herhangi bir özel hukuk etkisi tanınmasını talep etmemektedir.<sup>64</sup>

MiFID'in faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallarının yatırım şirketi-müşteri arasındaki özel hukuk ilişkisine etkili olduğuna yönelik yukarıda yapılan tespite rağmen, uygulamada bu etkinin derecesine ilişkin bazı hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu konuda ortaya çıkan ilk konu, faaliyet kurallarının, üye ülkelerdeki genel sözleşme hukuku ve sözleşme öncesi kurallar ile nasıl bir bağlantı içinde olduğudur. Bu husus, öncelikle faaliyet kurallarının üye ülkelerin iç hukuklarındaki özel hukuk alanına nasıl yer-

<sup>63</sup> Michel Tison: "The civil law effects of MiFID in a comparative law perspective" Financial Law Institute Working Paper Series WP 2010-05, April 2010, s. 2; Bu noktada, MiFID'in yatırım hizmeti sağlayıcısı ile müşterileri arasındaki ilişkiye uygulanabilecek sözleşme hukuku kurallarını harmonizasyonu sağlayan bir Yönerge olmadığı ifade edilmektedir. Kural olarak, Yönerge, hizmet sağlayıcıların ve piyasaların denetimini düzenleyen kuralları ihtiva etmektedir. Bu bağlamda, faaliyetin yürütülmesine yönelik kuralların Yönerge'ye dâhil edilmesi, ilk etapta denetim kurumlarına, hizmet sağlayıcılarının müşterilerine olan yükümlüklerine uyumlu hareket edip etmediklerini denetleme konusunda yetki ve güç vermeyi amaçlamaktadır. Bu kuralların yatırım şirketi-müşteri arasındaki özel hukuk ilişkilerine etkisi ise yatırımcının korunması anlamında faydalı bir katkı sunmaktadır. Bkz. KRUIHOF, GERVEN, s. 50-51.

<sup>64</sup> KRUIHOF, GERVEN, s. 51; Tison, s. 4.

leştirildiğine dair hukuk tekniğine bağlıdır.<sup>65</sup> Bu hususta yapılan bir karşılaştırmalı çalışma, faaliyet kurallarının özel hukuka etkisinin, bu kuralların müşteriye olan özen yükümlülüğüne dâhil edilmesi aracılığıyla sağlandığını ortaya koymaktadır.<sup>66</sup>

Açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir sorun, sözleşmeye konulacak muafiyet hükmü ile MiFID ve iç hukuktaki uygulama kuralları ile belirlenen standartlardan ve sorumluluktan ayrılma olanağı bulunup bulunmadığıdır. Anılan hususa ilişkin olarak, bir görüş en azından müşteriye karşı tazmin yükümlülüğünün muafiyet hükmü ile sınırlandırılmasının mümkün olmasını ileri sürerken, diğer bir görüş ise faaliyet kuralları ile belirlenen yükümlülüklerden kaynaklanan sorumluluktan muafiyetin mümkün olmadığını savunmaktadır. Esasında, faaliyet kurallarının amacının yatırımcının korunmasını sağlamak olduğu hususu dikkate alındığında, bu kuralların sadece bildirici ve belirleyici bir fonksiyona sahip olduğunu veya muafiyet hükmü ile söz konusu hükümlerden ayrılmanın mümkün olduğunu iddia etmek, söz konusu kuralların amacı ve mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.<sup>67</sup>

Son olarak, yatırımcıların, faaliyet kurallarının ihlalden kaynaklanan zararları için tazminat talepleri, ulusal hukuklarda hukuki sorumluluğa ilişkin olarak belirlenen koşullar ışığında karara bağlanacaktır.<sup>68</sup>

## **V. SONUÇ**

AB'nin yatırım hizmetlerine ilişkin ilk düzenlemesi olan ISD'nin yaklaşık 11 yıllık uygulaması sonucunda karşılaşılan sorunları ortadan kaldırmak ve "harmonize olmuş Avrupa uygulaması"nı hayata geçirebilmek için yürürlüğe konulan MiFID, menkul kıymetlerin ticaretinde "best execution", müşteri sınıflandırmaları, raporlamalar da dâhil olmak üzere faaliyetin yürütülmesine ilişkin kuralların uyumlaştırılması, yatırım şirketlerinin iç yönetimine ilişkin kurallar, ISD'nin yoğunlaşma kurallarının kaldırılması, çok taraflı işlem platformları için Avrupa pasaportu uygulaması ve tek pasaport rejiminin kapsamının genişletilmesi gibi birçok yeniliği beraberinde getirmiştir.

<sup>65</sup> AB üyesi bazı ülkelerdeki uygulamaların nasıl yapıldığına ilişkin değerlendirme için bkz. Tison, s. 10.

<sup>66</sup> Tison, s. 10.

<sup>67</sup> Tison, s. 12-13.

<sup>68</sup> Tison, s. 14.



## *AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi*

Yönerge'nin, bu yenilikçi yaklaşımı çerçevesinde, yatırımcılarla yatırım şirketleri arasındaki ilişkiye etkisi, MiFID'in müşteri kavramına ve yatırım faaliyetinin yürütülmesine ilişkin düzenlemeleri kapsamında ele alınmalıdır. Zira, MiFID, ISD'den farklı olarak yatırım şirketlerinin yükümlülüklerinin müşteri türüne göre değişebileceğini, yatırım şirketlerinin sundukları yatırım hizmetine karşılık gelen uygulamaları müşteri sınıflandırmasına göre farklılaştırabileceğini düzenlemiştir. Her ne kadar bu farklılaştırılmış kurallar müşteri sınıfı bazında ayrıca listeler halinde ilan edilmemişse de Komisyon'un ikincil seviyede düzenleme yapmasına yetki veren hüküm, bu uygulama kuralları belirlenirken müşterinin bireysel veya profesyonel olması hususunun dikkate alınması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.

Yatırımcı-yatırım şirketi arasındaki ilişki bakımından MiFID ile öngörülen yeni rejimin çıkış noktası, yatırımcıyı koruma sistemlerinin güçlendirilmesi olmuştur. Bu çerçevede, yatırımcılar ile yatırım şirketleri arasındaki ilişkiye yönelik olarak MiFID'in getirdiği yenilikler faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallar (conduct of business) rejimi ve ikincil seviyedeki Yönerge hükümleri ile gerçekleştirilmiştir. Buna göre MİFID, adil, dürüst ve müşteri çıkarlarına uygun şekilde hareket etme, bilginin ve pazarlama sürecinde kamuyu aydınlatmanın dürüst ve açık olmasına ve yanıltıcı olmamasına ilişkin yükümlülüğü, yatırımcılara sağlanacak bilgiyi, uygunluk kurallarını, müşteri sözleşmesini, müşteriye dönemsel raporlama yükümlülüğünü, en iyi icra kuralını ve emir idaresi kurallarını içeren bir dizi düzenleme yapmıştır.

Her ne kadar MiFID'de, düzenlemelerin yatırımcı ile yatırım şirketleri arasındaki özel hukuk ilişkilerini etkileyebilip etkileyemeyeceği konusunda açık bir belirleme bulunmasa da, Yönerge'nin yürürlüğü ile birlikte, belirtilen müşteri sınıflarındaki yatırımcılar ile yatırım şirketleri arasında daha önce özel hukuk sözleşmeleri ve bunları destekleyen hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararları ile şekillenen yatırım hizmeti sunulmasına dair çerçeve büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır. Zira, faaliyetin yürütülmesine yönelik kurallar ile yatırım şirketlerinin müşterileri ile olan ilişkilerinde dikkate alınmaları gereken yükümlülükler açıklıkla belirlenmiştir. Özel hukuk sözleşmelerinin yatırımcılar için yarattığı hakların icra edilebilirliği ile kıyaslandığında, Yönerge'nin öngördüğü yapının yatırımcı koruması bakımından çok daha etkin olduğu açıktır. Buna göre, MiFID ile birlikte yatırım şirketleri ile yatırımcılar arasındaki ilişkinin, düzenleyici otoriteler tarafından konulan kurallar ile yönetilir hale geldiğini, sözleşme hükümleri veya mahkeme kararlarının bu kuralları destekleyici mahiyet kazandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada, özel hukuk sözleşmelerine konulacak muafiyet hükümlerinin MİFİD ile öngörülen kurallara etkisinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak, müşteriye karşı en azından tazmin yükümlülüğünün muafiyet hükmü ile sınırlandırılmasının mümkün olması gerektiğini ileri süren bir yaklaşım söz konusu olmakla birlikte, Yönerge'nin yatırımcıyı koruma amacı göz önünde bulundurulduğunda, faaliyet kuralları ile belirlenen yükümlülüklerden kaynaklanan sorumluluktan muafiyetin mümkün kılınmasının Yönerge'nin ruhuyla bağdaşmayacağı açıktır.

# TÜRK HUKUKU'NDA TALİKİ ŞARTA BAĞLI BORÇLAR VE ANONİM ORTAKLIKLARDA PAYIN DEVRİNDE DÜZENLEYİCİ KURUMLARIN İZİNLERİ

Harun KILIÇ\*

## Özet

*Anonim ortaklıkların en önemli özelliklerinden birisi, payın prensip olarak serbestçe devredilebilir nitelikte olmasıdır. Ancak devletin finansal, rekabet, düzenlem ve denetim politikası gereği, bazı sektörlerde faaliyet gösteren anonim ortaklıkların payının devrinde, belli şartların varlığında, ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılması şartı bazı özel kanunlarla getirilmiştir. Bu nedenle, bu çalışmada, önce tarafların anonim ortaklık payının devrine ilişkin sözleşmede öngördükleri ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılması şartının Borçlar Hukuku bakımından hukuki niteliği ve payların devrine ilişkin sözleşmelere hukuki etkilerinin neler olduğu değerlendirilecektir. Ardından, ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılması şartını getiren özel yasal düzenlemeler incelenerek, izin veya bildirim kapsamı ve hukuki etkileri incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Anonim Ortaklıklar, Pay Devri, Hisse Devri, Düzenleyici Kurul İzni, Taliki Şart

## CONTINGENT LIABILITIES AND PERMISSIONS OF REGULATIONS AUTHORITIES FOR THE ACQUISITION OF THE SHARES OF JOINT STOCK COMPANIES IN TURKISH LAW

### Abstract

*One of the most important attribute of joint stock companies is easy acquisition of the shares as a general rule. But because of the state's financial, competitive, regulation and control policies the acquisition of the shares of joint stock companies in some business sectors shall be permitted in certain conditions by the relevant regulation authority according the some special laws. Therefore, in this study, firstly the articles of the share purchase agreements about the permission of the relevant regulation authority as contingent liabilities will be evaluated according to the Obligation Law regarding the legal nature and the legal effects. After that, the permissions of the relevant regulation authorities for the acquisition of the shares will be studied according to the relevant laws regarding their legal nature and legal effects.*

**Key Words:** Joint Stock Companies, Acquisition of Shares, Permission of Regulations Authorities, Contingent Liabilities

\* Yrd. Doç. Dr., Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## **I. Giriş**

Global ekonomik kriz sonucunda, dünya pazarı hâkimiyeti için yarışan ortaklıkların, yerel pazarlara en kısa zamanda ulaşma ve ekonomik uyum sağlama aracı olarak diğer ortaklıklarla birleşme veya onları kısmen veya tamamen devralmalarında, bugünlerde son yıllardaki sürecin tersine bir durgunluk gözlenmektedir. Ancak bu durgunluğun, önümüzdeki dönemde değişeceği ve ülkemizin de aralarında buldukları bazı ülkelerde birleşme ve devralmaların tekrar yoğun bir şekilde yaşanacağı beklenilmektedir. Tabii bu süreçte, birleşme ve devralmaların dayandıkları sözleşmelerdeki hukuki sorunlar tekrar gündemdeki yerini koruyacaktır. Bu nedenle, bu çalışmada anonim ortaklıklarda payın devrinde gerekli resmi kurum izinlerinin hukuki nitelikleri incelenecektir. Zira, aslında anonim ortaklıkların en önemli özelliklerinden birisi, payın prensip olarak serbestçe devredilebilir nitelikte olmasıdır. Ancak devletin finansal, rekabet, düzenleme ve denetim politikası gereği, bazı sektörlerde faaliyet gösteren anonim ortaklıkların payının devrinde, belli şartların varlığında, ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli izinlerin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirimlerin yapılması şartı bazı özel kanunlarla getirilmiştir.

Bu çalışmada, önce, tarafların anonim ortaklık payının devrine ilişkin sözleşmede öngördükleri ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli izinlerin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirimlerin yapılması şartının Borçlar Hukuku bakımından hukuki niteliği ve payların devrine ilişkin sözleşmelere hukuki etkilerinin neler olduğu değerlendirilecektir. Ardından, ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli izinlerin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirimlerin yapılması şartını getiren özel yasal düzenlemeler incelenerek, izin veya bildirim kapsamı ve hukuki etkileri incelenecektir.

## **II. Anonim Ortaklık Payının Devrine İlişkin Sözleşmelerdeki Düzenleyici Kurum İzni Şartının Hukuki Niteliği**

### **A. Genel Olarak**

Anonim ortaklık payının devrine ilişkin sözleşmeler, Borçlar Kanununun<sup>1</sup> 1. maddesine göre, „iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızaların be-

<sup>1</sup> Bugünlerde, TBMM gündeminde bulunan Borçlar Kanununun Tasarısını konuza ilişkin düzenlemelerinde, yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu hükümleri genel olarak korunduğu için, kıyas yapma açısından yeri geldikçe Tasarıda düzenlenen maddelere atıfta bulunmak ile yetineceğiz. Tasarıya ilişkin olarak bkz. Cevdet Yavuz, Borçlar Kanunu (BK), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT) ve Gerekçesi, Karşılatırmalı Liste ile Birlikte, 7. Bası, İstanbul 2007.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

yan ettikleri takdirde,, meydana gelir ve kural olarak hükümlerini de o anda doğurur.<sup>2</sup> Ancak, bu sözleşmenin kurulması için gerekli irade beyanlarının yanında, aşağıda üzerinde durulacak olan bazı özel kanunlarda, belli şartların varlığında, ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılması şartı getirilmektedir. Uygulamada, taraflar genellikle bu şartın gerçekleşmesi halinde devir sözleşmesinin sonuç doğuracağını, devir sözleşmelerine de derç etmektedirler. Kapanış olarak ifade edilen son safhada, gerekli izinlerin alındığının veya bidirimlerin yapıldığının tespitini yaparak devir işlemlerini sonuçlandırmaktadırlar. Bu nedenle, bu şartın niteliği ve sözleşmeye olan etkisinin tespiti önem arz etmektedir.

BK m. 149<sup>3</sup> gereği, „bir akdin mevzuunu teşkil eden borcun mevcudiyeti, meşkûk bir hadisenin tahakkukuna talik edilmiş ise o akit şarta bağlı akit olur“ ve de „iki taraf hilafını kast etmedikleri halde şarta bağlı akit, ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder.,“<sup>4</sup> Bu nedenle, bir hukuki işlemin sonuçlarının doğması gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı bırakılması borçlar hukukunda taliki şart<sup>5</sup> olarak nitelendirilmektedir. Bu tür taliki şartın gerçekleşmesi, sözleşmenin hükümlerini doğurmasını sağlayan tamamlayıcı bir unsur olmaktadır. Bu nedenle, taliki şart gerçekleşene kadar bu şart hukuki işlemin etkisini askıya alır. Kural olarak da, bu taliki şartın gerçekleşmesi ile akdin hükümlerini doğurmaya başlayacağı kabul edilmektedir.<sup>6</sup> Yargıtay da kararlarında<sup>7</sup>, BK m. 149 gereğince, bir sözleş-

<sup>2</sup> Daha detaylı bilgi için bkz., Velidedeoğlu/Özdemir s. 13 vd.; Oğuzman/Öz, s. 48 ve 67; Karahasan, s. 134 vd.; Uyar, C. 1, s. 466 vd.

<sup>3</sup> BK Tasarısında bu hüküm korunmuş, sadece lâfzî değişiklik yapılarak m. 169'da şu şekilde ifade edilmiştir:

„Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, o sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur.

Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder.“

<sup>4</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları ve Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart kitapları ile Velidedeoğlu/Özdemir s. 324; Eren, s. 1159; Karahasan, C. 2, s. 1359 vd.; Uyar, C. 4, s. 4241 vd.

<sup>5</sup> Bkz. Pulaşlı s. 6 vd., Sirmen s. 17 vd., Velidedeoğlu/Özdemir s. 322 vd.; Oğuzman/Öz, s. 129; Eren, s. 1149 vd.; Reisoğlu, s. 367 vd.; Karahasan, s. 1357 vd.; Uyar, C. 4, s. 4241 vd.

<sup>6</sup> Bkz. Pulaşlı, s. 217 vd.; Sirmen, s. 171 vd.; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 324 vd.; Eren, s. 1160; Oğuzman/Öz, s. 130; Karahasan, C. 2, s. 1360 vd.; Uyar, C. 4, s. 4245.

<sup>7</sup> Bkz. 14.10.1987 tarihli ve E. 1987/15-223-K. 1987/719 numaralı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı.

menin konusunu oluşturan borçun varlığı şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlı şekilde ertelenmişse, sözleşmenin şartlı olacağını ve ancak şartın gerçekleşmesi anından itibaren hüküm ifade edeceğini kabul etmektedir. Tabi ki burada, hukuksal işlemin kurucu unsurları ile taliki şartı birbirinden ayırmak gerekecektir. Zira, tarafların taliki şartı koyabilmesi için, bu hususun hukuksal işlemin unsuru sayılan hukuki şartlardan biri olmaması gerekmektedir. Bir sözleşmenin veya hukuki işlemin meydana gelmesi veya hüküm doğurması veya gerçekleşmesi, bir kanun hükmü gereğince tarafların irade beyanına yanında aranan bir husus olması durumunda, burada bir hukuki şart sözkonusudur ve işlemin yasal geçerlilik şartı olup bu şart tamamlanmadan ilgili sözleşme kurulmuş olmaz.<sup>8</sup> Bu nedenle, pay devri için ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılması şartı, ilgili düzenlemelerde sözleşmenin geçerliliği için aranan bir hukuki şart olarak düzenlenmişse, bu durumda bu hukuki şart gerçekleşmeden pay devri sözleşmesi yani borçlandırıcı işlem hukuken gerçekleşmemiş olur.<sup>9</sup> Ancak ilgili düzenleme bu hususu sözleşmenin meydana gelmesi için bir şart olarak öngermemiş ise, taraflar, bu durumda ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılmasını, taliki şart olarak düzenleyebilirler. Bu şekilde bir şart, taraflarca sözleşmede öngörülmüş ise, bu BK md 149 vd. bağlamında taliki bir şart olup, bu şart gerçekleşmedikçe, kural olarak sözleşme noksandır ve hüküm ifade etmez. Ancak, taraflar bu hususu taliki şart olarak belirlememişler ise, bu durumda ilgili düzenlemeyi yapan kanunda bu iznin hukuki niteliğine ve sonuçlarına göre, pay devri sözleşmesinin hüküm ifade edip etmeyeceğinin tespit edilmesi gerekecektir.<sup>10</sup>

Taliki şart, asıl işlemin tamamlayıcı bir unsuru olduğu için, asıl işleme ilişkin şekil şartına tabidir. Bu nedenle, taliki şart pay devrinde geçerli olan şekle tabidir. Aksi halde taliki şart geçerli olmaz.<sup>11</sup> Anonim ortaklık payların devrine ilişkin satım sözleşmelerinde, kural olarak şekil serbesliği ilkesi geçerli olduğundan, bu sözleşmelerin geçerliliği için hiçbir şekil şartı

<sup>8</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 83 vd.; Sirmen, s. 15 vd.; Eren, s. 1151; Uyar, C.4., s. 4242 vd. ve Kılıçoğlu, s. 565.

<sup>9</sup> Bkz. daha detaylı bilgi için, aşağıda Bölüm III.

<sup>10</sup> Bkz. daha detaylı bilgi için, aşağıda Bölüm III.

<sup>11</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 1151; Uyar, C.4., s. 4242 vd. ve Kılıçoğlu, s. 561 vd.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

tı aranmamaktır.<sup>12</sup> Ancak taraflar sözleşmenin bir şekle tabi olarak yapılmasını kararlaştırabilirler. Uygulamada, taraflar genellikle aralarında yapacakları devir sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılacağını, müzakerelerin başlangıcında kararlaştırmaktadırlar. Bu durumda, BK m. 16 f. 1<sup>13</sup> gereği, taraflarca kararlaştırılan şekle uyulması zorunludur. Aksi halde, taraflar bağlanmış olmaz ve sözleşme meydana gelmez.<sup>14</sup> Bu durumda, taliki şart da geçerli olmaz.

### B. Düzenleyici Kurum İzni Taliki Şartının Gerçekleşmesinden Önceki Safhada Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Taliki şarta bağlı pay devir sözleşmesi, tarafların pay devrine ilişkin karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının açıklanması ile kurulmuştur. BK. m. 149 gereği sadece bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirip getirmeyeceği belirsizdir. Bu nedenle, düzenleyici kurum taliki şartının gerçekleşmesinden önceki safhada da, taraflar meydana gelen bu sözleşme ile bağlıdır. Aralarında bu kapsamda bir borç ilişkisi doğmakta olup, sadece sözleşme hükümlerinin gerçekleşmesi belirlenen şartın gerçekleşmesine kadar askıda olup şartın gerçekleşmesi ile sözleşme hükümlerini icra edecektir.<sup>15</sup> Bunun sonucu olarakta, taliki şartının gerçekleşmesinden önceki safhada da, taraflar artık sözleşmeden tek taraflı olarak dönememekte, tarafların tasarruf yetkisi sınırlanmakta ve taraflar BK m. 150<sup>16</sup> hükmüne uygun hareket etmek zorunda kalmaktadırlar:<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Kılıç, s. 1077 vd.

<sup>13</sup> BK Tasarısında bu hüküm korunmuş ve m. 17 f. 1’de şu şekilde ifade edilmiştir: „Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin belli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, bu şekilde yapılmadıkça tarafların bu sözleşmeyle bağlı olmak istemedikleri kabul edilir.“

<sup>14</sup> Bkz. Velidedeoğlu/ Özdemir, s. 37 vd.; Oğuzman/Öz, s. 116; Eren, s. 246 vd.; Reisoğlu, s.73; Karahasan, s. 162 vd.; Uyar, Açıklamalı, C. 1, s. 715 vd.

<sup>15</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı s. 143 vd.; Sirmen s. 129 vd.; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 324; Eren, s. 1160; Oğuzman/Öz, s. 129.

<sup>16</sup> BK Tasarısında bu hüküm korunmuş, sadece lâfzî değişiklik yapılarak m. 170’de şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.*

*Koşula bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı koşula bağlı olmayan alacaklıların haklarını korumak üzere başvurabilecekleri önlemleri alabilirler.*

*Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur.”*

<sup>17</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 143 vd.; Sirmen, s. 129 vd.; Velidedeoğlu/Özdemir s. 325; Eren, s. 1160 vd.; Karahasan, C. 2, s. 1360 vd.; Uyar, C. 4, s. 4245 vd. ve Kılıçoğlu s. 566 vd.

*“ Şart tahakkuk edinceye kadar borçlu, borcun layığı veçhile edasına mani olacak her nevi tasarruftan içtinap etmekle mükelleftir.*

*Şarta bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı mutlak olan alacaklıların haklarını muhafaza için yapmağa salahiyyetler oldukları tedbirleri ittihaz edebilir.*

*Şartın tahakkukundan evvel yapılan temlik her tasarruf, şartın hükümlerini ihlal ettiği nispette batıl olur.*“

Bu nedenle, borçlu, taliki şartının gerçekleşmesinden önceki safhada, sözleşme konusu borçun ifasını imkansız kılacak, engelleyecek yada tehlikeye atacak durumlardan kaçınmakla yükümlüdür. Yargıtay, bu hükme uygun olarak, sözleşme hükümlerinin uygulanması şartın gerçekleşmesine bağlı bulunduğu durumlarda, bu aşamada tarafların her nevi tasarruftan kaçınmakla yükümlü olduklarını ve şartın askıda olduğu sırada yapılan bütün yeni tasarruflar dahi bu şartın hükümlerini ihlal ettiği oranda geçersiz sayılması gerektiğini teyit etmektedir.<sup>18</sup> Doktrin<sup>19</sup> de, bu bağlamda haklı olarak, şartın hükümlerini ihlal eden tasarrufi işlemlerini hükümsüz olacağını, şarta bağlı hak sahibinin doğrudan doğruya 3. şahsa da müracaat etmesi gerektiğini kabul edilmektedir. Ancak şarta bağlı hakkın, hiçbir zaman mutlak mahiyetteki haktan daha kuvvetli hukuki netice doğurmayacağı kabul edildiği için, MK md. 763<sup>20</sup>, 988<sup>21</sup> ve 1023<sup>22</sup> hükümleri sınırları içinde, bu hakkını kullanabileceği belirtilmektedir. Yani böyle bir durumda, alıcının iyiniyetle 3. kişiye karşı bir hak talebinde bulunamayacağı, sadece buna sebep olan borçludan tazminat hakkının olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, bir pay devri söz-

<sup>18</sup> Bkz. 14.10.1987 tarihli ve E. 1987/15-223-K. 1987/719 numaralı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı.

<sup>19</sup> Bkz. Pulaşlı s. 161 vd.; Sirmen, s. 139 vd.; Uyar, C.4, S. 4244-4246; Eren, s. 1161 vd. ve Kılıçoğlu s. 566 vd.

<sup>20</sup> MK. md. 763 göre:

*“Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir.*

*Bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devrenin mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanılmasının bulunduğu hâllerde o şeyin maliki olur.,,*

<sup>21</sup> MK. md. 988 göre:

*“Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur. ,,*

<sup>22</sup> MK. md. 1023 göre:

*“ Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.,,*



## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

leşmesi taraflarının, düzenleyici kurumlardan gerekli izinlerin alınması şartının gerçekleşmesine kadar olan süreçte, BK m. 150 uygun olarak, meydana gelen sözleşmeye aykırı hareket etmemeleri, özellikle payın değerini olumsuz yönde etkileyecek veya payın devrini imkansız kılacak işlemlerden kaçınmaları önem arz etmektedir. Örneğin, gerekli izinlerin alınması şartın gerçekleşmesinin beklendiği dönemde, payı devreden satıcı bu sözleşmenin konusu paylarını 3. kişiye devreder ise, bu davranışı BK m. 150 f. 1 aykırılık teşkil edecektir. BK m. 150 f. 3 uyarınca ise, 3. kişiye yapılan payın devri tasarruf işlemi kural olarak hükümsüz kılacak ve payı devralan alıcı doğrudan doğruya 3. kişiden payların kendisine devrini isteyebilecektir. Ancak, 3. kişi iyiniyet ile bu payları iktisap etmiş ise, artık subjektif ifa imkânsızlığından söz etmek mümkün olacaktır. Payı devreden satıcı, bu duruma kendisi sebep olduğu için, burada BK m. 117<sup>23</sup> uygulama bulmayacak ve BK m. 96<sup>24</sup> uyarınca payı devreden satıcının tazminat borcu doğacaktır. Bu durumda, alacaklı borcun hiç ifa edilmemesi ile uygun illiyet bağı bulunan bütün zararların tazminini de isteyebilecektir.<sup>25</sup> Tabi ki, unutulmaması gereken diğer bir husus, BK m. 150 f. 2 uyarınca, şartın gerçekleşmesi halinde pay devrini tehlikeye düşürecek davranışları önlemek amacıyla, payı devralacak taraf, mutlak alacaklıların haklarını korumak için başvurdukları tedbirleri alabileceği kabul edildiğinden, yargıya başvurmak suretiyle gerekli tedbirleri almak yetkisine sahip olduğudur.<sup>26</sup> Bu nedenle, payı devralacak taraf, örneğin bu askı döneminde pay devri yasa-

<sup>23</sup> BK Tasarısında bu hüküm korunmuş, sadece lâfzî değişiklik yapılarak m. 135’de şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer.*

*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermeye yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.*

*Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirilmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür. ,*

<sup>24</sup> BK Tasarısında bu hüküm korunmuş, sadece lâfzî değişiklik yapılarak m. 111’de şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. ,*

<sup>25</sup> Bkz. Pulaşlı, s. 164 vd.; Sirmen, s. 138 vd.; Uyar, C.4, S. 4246; Eren, s. 1161 vd. ve Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 324 vd.

<sup>26</sup> Bkz. Pulaşlı s. 147 vd., Sirmen s. 138 vd., Uyar, C.4, s. 4245; Eren, s. 1160 vd. ve Kılıçoğlu s. 566 vd.

ğı içeren bir kararın Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne bildirilmesi gibi bir kararla, borçun ifasını güvence altına alabilecektir.

### **C. Düzenleyici Kurum İzni Taliki Şartının Gerçekleşmesi ve Sonuçları**

Pay devri için ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılması durumunda, bu taliki şart gerçekleşmiş olur. Uygulamada, taraflar genellikle kapanış olarak ifade edilen son safhada, gerekli izinlerin alındığının veya bildirimlerin yapıldığının tespitini yaparak, devir işlemlerini sonuçlandırmaktadırlar. Pay devri sözleşmesi hükümlerini ve sonuçlarını, sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise, bu andan itibaren gerçekleştirmeye başlar. Bunun sonucu olarakta, devir alan, devir talebi hakkını kazanırken; buna karşın devir eden de, ifayı yerine getirmekle yani sözleşme konusu payları devretmekle yükümlüdür. Bu taliki şartın gerçekleşmesi ile birlikte, taraflara sözleşmede aksini kararlaştırmamışlar ise, tarafların borçları bu andan itibaren muaccel olacak ve zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.<sup>27</sup>

### **D. Düzenleyici Kurum İzni Taliki Şartının Gerçekleşmiş Sayılması Hali**

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, payın devrine ilişkin sözleşmelerde öngörülen gerekli izinlerin alınması taliki şartının gerçekleşmesine, tarafların birinin, örneğin izin başvurusu için gerekli belgeleri veya bilgileri vermektan imtia ederek, mani olmasıdır. Aslında taraflar dürüstlük kuralına uygun bir şekilde, şartın gerçekleşmesini engelleyecek veya geciktirecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadırlar. Aksi halde, BK m. 154<sup>28</sup> gereği „şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnü niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur.“<sup>29</sup> Doktrinde<sup>30</sup>, bu hükümün MK. 2. maddesinin şart bakımında özel düzenlemesi olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce, bu hususun, örneğin payı devrede-

<sup>27</sup> Bkz. Uyar, C.4, s. 4243; Eren, s. 1164 vd. ve Kılıçoğlu s. 569 vd.

<sup>28</sup> BK Tasarısında bu hüküm korunmuş, sadece lâfzî değişiklik yapılarak m. 174'de şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.”*

<sup>29</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 195 vd.; Sirmen, s. 167 vd.; Velidedeoğlu/Özdemir s. 328; Eren, s. 1166; Karahasan, C. 2, s. 1363 vd.; Uyar, C. 4, s. 4248 vd.

<sup>30</sup> Bkz. Pulaşlı, s. 198 vd.; Sirmen, s. 168 vd.; Uyar, C.4, s. 4248 vd.; Eren, s. 1166 ve Kılıçoğlu s. 570 vd.

## **Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri**

nin gerekli izin ve bildirimleri engellemesi veya geciktirmesi halinde de, uygulamak gerekecektir. Bunun sonucu olarakta, Payı devreden bu davranışı kanun tarafından bir himaye bulamayacak, bu durumda da, BK m. 154 gereği, sözleşme taraflar arasında mutebermiş gibi, sonuçlar doğuracaktır. Bunun sonucu olarakta, devralan, devir konusu payın mülkiyetinin kendisine devrini, diğer taraftan isteyebilecektir. Ayrıca, eğer gerekli iznin alınması veya bildirim yapılması, ilgili yasal düzenleme gereği sözleşmenin geçerliliği veya mülkiyetin devri için gerekli bir şart ise, bu izni alınması veya bildirim yapılması için gerekli işlemlerin tek taraflı olarak payı devralan tarafından yapılması gerekecektir.<sup>31</sup>

### **III. Düzenleyici Kurumların İzinlerinin Hukuki Niteliği ve Etkileri**

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bazı piyasalarda faaliyet gösteren anonim ortaklıkların paylarının devrinde, devletin finansal, rekabet ve denetim politikası gereği, belli şartların varlığında, ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirim yapılması şartı, özel yasal düzenlemeler ile getirilmiştir. Bu şekilde, anonim ortaklıkların en önemli niteliklerinde birisi olan payın prensip olarak serbestçe devredilebilirliği ilkesi, payın devrinin resmi kurul iznine bağlanmış olduğu haller ile sınırlandırılmaktadır. Bu nedenele, çalışmanın bu bölümünde, hangi piyasalardaki anonim ortaklıklarda payların devrinin resmi kurum iznine bağlı olduğu ve bu izin hukuki niteliği ve etkileri ilgili piyasaya göre, incelenecektir.

#### **A. Sermaye Piyasasında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda**

1981 yılında 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu<sup>32</sup> ile kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Sermaye Piyasası Kurumu (SPK) sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını ve yatırımcıların hak ve yararlarının korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle, bazı sermaye piyasası oyuncularının paylarının devrinde SPK'nın izni yada bu SPK'ya bildirim gerekmektedir. Hangi sermaye piyasası oyuncularının, ne tür pay devirlerinde SPK'nın izni yada bu devirlerin SPK'ya bildirim ve bunun sonuçları, aşağıda değerlendirilecektir.

<sup>31</sup> Bkz. daha detaylı bilgi için, aşağıda Bölüm III. Düzenleyici Kurumların İzinlerinin Hukuki Niteliği ve Etkisi.

<sup>32</sup> 30.07.1981 tarihli ve 17416 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

### **1. Aracı Ortaklıklarda**

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa (SerPK) göre faaliyette bulunabilecek sermaye piyasası kurumlarından birisi de, aracı ortaklıklardır. Bu ortaklıklar, sermaye piyasasında aracılık yaparlar ve sermaye piyasası araçlarını kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına ticari amaçla alım satımını yaparlar.<sup>33</sup> Bu ortaklıklar, aracılık faaliyetleri kapsamında, her bir faaliyet için SPK'dan yetki belgesi almak kaydıyla, halka arza aracılık, alım satıma aracılık ve türev araçların alım satımının yapılmasına aracılık ederler. Aracı ortaklıklar, SerPK 33. maddesi gereği, anonim ortaklık şeklinde kurulmaları ve payların tamamının nama yazılı olması gerekmektedir. Bu payların devirlerinde ise, SerPK m. 34 f. 6 gereği, SPK'dan izin alınması zorunludur. Buna ilişkin esaslar, SPK tarafından çıkarılan 'Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V N. 46)'<sup>34</sup> ile belirlenmiştir. Bu tebliğin 16. maddesine göre, aşağıda belirtilen pay devirlerinde SPK'dan izin alınması şarttır:

- (1) Bir kişinin aracı ortaklığın sermayesinin %10'u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi,
- (2) Bir ortağa ait payların aracı ortaklığın sermayesinin %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri,
- (3) Yönetimsel veya denetimsel imtiyaz veren veya intifa hakkı taşıyan her türlü orandaki pay devri,
- (4) Aracı ortaklığın pay sahibi bulunan tüzel kişilerin kendilerine ait pay devirleri, bu pay devirlerinin aracı ortaklıkdaki pay sahipliğini doğrudan veya dolaylı olarak %10, %20, %33 veya %50 oranlarında değiştirmesi halinde, ayrıca tüzel kişinin aracı ortaklıkla ilgili olarak yönetimsel veya denetimsel imtiyaza sahip bulunduğu hallerde tüzel kişinin tüm ortaklık yapısı değişiklikleri,
- (5) Aracı ortaklığın %10'undan fazlasına sahip tüzel kişilerin yönetimsel veya denetimsel imtiyaza sahip paylarının devri.

Payların devrinde, bir gerçek kişi ile eş ve velayeti altındaki çocuklarına, bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu başkanı,

<sup>33</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Ünal, s. 449 vd.

<sup>34</sup> 07.09.2000 tarihli ve 24163 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

üyesi, genel müdür, genel müdür yardımcısı oldukları ortaklıklara; kamu tüzel kişileri hariç olmak üzere, bir tüzel kişinin veya yukarıda sayılanların, sermayelerinin doğrudan veya dolaylı olarak %25 veya daha fazlasına iştirak ettikleri ortaklıklara ve SPK tarafından aralarında istihdam ilişkisi, akdi ilişki ya da sair nedenlerle birlikte hareket ettiği belirlenenlere ait paylar bir kişiye aitmiş gibi hesaplanır. Ancak, bu kişiler arasında yapılacak pay devirlerinde de, yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, SPK'dan izin alınması gerekmektedir. Buna karşın, aracı ortaklık sermayesinin yukarıdaki oranlara ulaşmayan veya bu oranlar arasında kalan doğrudan veya dolaylı olarak pay devirlerinin ise, devri izleyen 15 gün içinde SPK'ya sadece bildirilmesi gerekmektedir.

Hisse senetleri SPK kaydına alınan aracı ortaklıkların borsada işlem gören paylarının devir alınması durumunda ise, bir kişinin aracı ortaklığın sermayesinin %10'u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait payların aracı ortaklığın sermayesinin %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri SPK'nın iznine tabidir. Buna karşın, yukarıda belirtilen oranların altına düşmesi sonucunu doğuran pay devirlerinin ise, SPK'ya 15 gün içinde sadece bildirilmesi gerekmektedir. Ancak, bir ortağa ait payların aracı ortaklığın sermayesinin %10'unun altına düşmesi sonucunu verecek pay satışı durumunda ise, satış yapılmadan önce SPK'dan izin alınması zorunludur.

Yukarıda belirtilen durumlarda, izin alınmadan yapılan devirler pay defterine kaydolunmaz ve bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar SerPK m. 34 f 6. maddesi gereği hükümsüzdür. Bu nedenle, bu izin tek başına taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem niteliğinde olan ve mülkiyetin devri amacını taşıyan anonim ortaklık paylarının devrine ilişkin satım sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için yani borçlandırıcı işlemin gerçekleşmesi için gerekli bir şart niteliğinde olmayıp, sadece nama yazılı senetlerin devrinin şirkete karşı ileri sürülebilmesi için gerekli olan pay defterine kayıt edilme şartını yani tasarruf işlemini etkilemektedir.<sup>35</sup> Pay defterine kayıt yapılmamasının sonuçları doktrinde tartışmalı olup<sup>36</sup>, görüşlerin değerlendirilmesi bu çalışmanın

<sup>35</sup> Pay devrinde borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri ayrımı için bkz. Kılıç, s. 1077 vd.

<sup>36</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Poroy/Çamoğlu/Tekinalp N. 1149 vd; Taşdelen, N., s. 162 vd.; Aytac, s. 101 vd.; Yasaman, s. 43 vd.; Pulaşlı, Pay senetleri, s. 199; Çeker, s. 157 vd.; Sevi 204 vd.; Kendigelen, s. 43 vd.; Moroğlu, s. 51 vd.; Dağ, s. 180 vd.; Pekdinçer, s. 126 vd; Kendigelen, s. 43 vd. ve Narbay, s. 299 vd.

sınırlarını aştığı için, bu konuda detaylara girmeden çalışma konusu kapsamında kısaca belirtilecektir. Özellikle bağlı nama yazılı pay senetlerin devrinde, pay devrinin pay defterine kayıt istemi reddedilmesi halinde ortaya çıkan hukuki durum, bu konuda mevcut TTK’da açık bir düzenleme olmadığı için<sup>37</sup>, doktrinde ‘birlik’<sup>38</sup> ve ‘bölünme’<sup>39</sup> teorileri ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Birlik teorisine göre, bu durumda pay devrinin pay defterine kayıt edilmediği durumda, payın mülkiyeti ve paya bağlı haklar bir bütün teşkil eder ve bölünemez. Bu nedenle, paydan doğan ve paya bağlanmış olan hem katılma hem de malvarlığına ilişkin bütün haklar devredende kalır. Buna karşın, bölünme teorisi gereği, paya bağlı haklar ayrılabilir ve payın devrinin pay defterine kayıt edilmediği durumlarda, payı devreden ortaklık haklarından gayri mali hakları kullanırken, payı devralan mali haklardan faydalancaktır. Bu nedenle, bölünme teorisine göre, SPK’dan izin alınmadan yapılan devirler pay defterine kaydedilemediğinden veya bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüz olduğundan, devralan anonim ortaklığa karşı temettü dışındaki ortaklık haklarından faydalanamamaktadır. Buna karşın, SPK izni, taraflar arasında payın devrine ilişkin sözleşmenin meydana gelmesini ve taraflar arasında hüküm doğurmasını kural olarak etkilememektedir. Ancak, taraflar bu sözleşmede SPK iznini ayrıca bir taliki şart olarak kararlaştırmışlar ise, bu durumda yukarıda II. Bölümde yapılan açıklamalar doğrultusunda sözleşmenin hüküm doğurması ancak SPK izni ile mümkün olacaktır.<sup>40</sup>

## **2. Halka Açık Anonim Ortaklıklarda**

Halka açık anonim ortaklıklar ve bunların hisse senetlerine ilişkin esaslar, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanun’a dayanarak çıkarılan

<sup>37</sup> Mevcut TTK’nın aksine TK Tasarısı’nda nama yazılı pay senetlerin devrinde açık bir düzenlem yapılarak ‘birlik’ teorilesi esas alınmıştır. Tasarının 491. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar; ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğer ki, devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşsin.*

*Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir.’*

Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Kılıç, s. 1077 vd.

<sup>38</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Aytaç, s. 101 vd.; Yasaman, s. 43 vd.; Pulaşlı, Pay senetleri, s. 199; Çeker, s. 157 vd.;

<sup>39</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu S. 641; Pekdincer, s. 126 vd; Kendigelen, s. 43 vd.

<sup>40</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. yukarıda II. Anonim Ortaklık Payının Devrine İlişkin Sözleşmelerdeki Düzenleyici Kurumların İzni Şartının Hukuki Niteliği.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

SPK Tebliğleri ve ilke kararları ile özel olarak belirlenmiştir. Sermaye Piyasası Kanununun ‘Kamunun aydınlatılmasında özel durumlar’ başlıklı m. 16/A<sup>41</sup> gereği ve tasarruf sahiplerinin, ortakların ve diğer ilgililerin zamanında, tam ve doğru bilgilendirilerek sermaye piyasasının açıklık ve dürüstlük içinde işleyişini sağlamak amacıyla, SPK tarafından çıkarılan ‘Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği’ nin (Seri: VIII, No: 54)<sup>42</sup> 5., 7. ve 9. maddelerin gereği, kamunun aydınlatılması gerektiren özel durumlar arasında, hisse senetleri borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklardaki şu tür pay devirleri<sup>43</sup> de sayılmıştır:

(1) Bir gerçek veya tüzel kişinin veya bu gerçek veya tüzel kişi ile birlikte hareket eden diğer gerçek veya tüzel kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık sermayesinin veya toplam oy hakkının %5, %10, %15, %20, %25, 1/3, %50, 2/3 ve %75 ine veya daha fazlasına sahip olması veya ortaklıktaki toplam oy hakkının veya sermaye payının söz konusu oranların altına düşmesi halinde,

(2) Bir kurucuya ait yatırım fonlarının doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık sermayesinin veya toplam oy hakkının yukarıda belirtilen oranlara veya daha fazlasına sahip olması veya ortaklıktaki toplam oy hakkının veya sermaye payının söz konusu oranların altına düşmesi halinde,

(3) Borsada işlem gören bir payı iktisap etme hakkı veren sermaye piyasası araçlarına, doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olmak suretiyle, söz konusu sermaye piyasası araçlarının iktisap etme hakkı verdiği paylara bağlı oy haklarının yukarıda belirtilen oranlara ulaşması, bu oranları aşması veya bu oranların altına düşmesi halinde,

(4) Payları bir borsada işlem gören bir ortaklık TTK’nın 329 uncu maddesi kapsamında sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak %1’ini aşan tutarda oy hakkı veya kar payı içeren kendi paylarını iktisap eder ya da elden çıkarırsa, bu bilginin işleme konu payların nominal tutarı, işlem tutarı, toplam

<sup>41</sup> Bu bölüm 29.04.1992 tarihli ve 3794 sayılı Kanunun 16 md. ile eklenmiştir.

<sup>42</sup> 06.02.2009 tarihli ve 27133 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır ve 20.07.2003 tarihli ve 25174 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Seri:VIII, No:39 sayılı Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>43</sup> Buna karşın ortaklık devralma veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde taraflardan en az birinin halka açık anonim ortaklık olması durumunda, birleşme işlemlerinde uyulacak esaslar, 14/7/2003 tarihli ve 25168 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Seri I ve No 31 ‘Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği’nde detaylı olarak düzenlenmektedir.



sermayeye oranı ve varsa bu paylara bağlı imtiyazları da içerecek şekilde kamuya açıklanması zorunludur. Yukarıda sayılan bu tür pay devirlerinde, ilgililer tarafından, Tebliğin 21. maddesine gereği, Tebliğin 26. maddesinde belirtilen Rehberde yer alan formlar kullanılarak, en geç durumun ortaya çıktığı günü izleyen üçüncü iş günü saat 9:00'a kadar ilgili borsaya ulaştırılması gerekmektedir. Buna karşı, ihraç ettiği sermaye piyasası araçlarından hiçbirini bir borsada işlem görmeyen ortaklıklarca<sup>44</sup>, bu Tebliğde belirtilen bu tür özel durumlar veya özel durumlardaki değişiklikler, ortaya çıktığı veya öğrenildiği anda en seri haberleşme vasıtasıyla en geç durumun ortaya çıktığı günü izleyen iş günü, SPK'ya bu özel durum hakkında bir açıklamanın ulaştırılması zorunludur. Ayrıca, SerPK m 11/son gereği, halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için, Sanayi ve Ticaret Bakanlığına başvurmadan önce SPK'nın uygun görüşünün de alınması zorunludur. Bu hüküm, ortaklık pay devrine ilişkin sözleşmede esas sözleşmelerinin değiştirilmesi öngörülmesi halinde de, uygulanacaktır.

Yukarıda belirtilen pay devirlerine ilişkin özel durum açıklaması yapılmaması hallerinde, bu durum işlemin geçerliliğini etkilememekte, sadece SerPK 47/A maddesi uyarınca bu kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve SPK tarafından alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği gerekçesiyle, gerçek ve tüzel kişiler hakkında SPK tarafından idari para cezası verilmektedir.

### **B. Bankacılık, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Piyasalarında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda**

Bankacılık ve finans sektöründe denetim ve gözetim sisteminin etkinliğinin artırılması ve bağımsız karar mekanizmalarına kavuşturulması yönündeki politikaların sonucu olarak, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu<sup>45</sup> ile kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir otorite olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) kurulmuştur. Mevcut yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanununa<sup>46</sup> göre, BDDK'nın görevleri, bu kanun ve ilgili diğer mevzuatın verdiği yetkiler çerçevesinde finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışma-

<sup>44</sup> Sermaye Piyasası Kanununun 11. maddesine (Değişik: 15/12/1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun md. 2 ile) göre, pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar.

<sup>45</sup> 23.06.1999 tarih ve 23734 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>46</sup> 01.11.2005 tarih ve 25983 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun şerhi için Taşdelen, Servet Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2006.



## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

sı, malî sektörün gelişmesi, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması, bankalar ve finansal holding şirketleri ile diğer kanunlarda ve ilgili mevzuatta yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin kuruluş ve faaliyetlerini, yönetim ve teşkilat yapısını, birleşme, bölünme, hisse değişimini ve tasfiyelerini düzenlemek, uygulamak, uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemektir. Bu sonucu olarak, belli pay devirlerinde BDDK'dan izin alınması gerekmektedir.

### 1. Banka Ortaklıklarında

Bir bankadan doğrudan veya dolaylı pay edinimi ve devirleri, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 18. maddesi ile düzenlenmektedir.<sup>47</sup> Buna göre, bir kişinin, bir mevduat, katılım, kalkınma veya yatırım bankasından doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla, sermayenin %10 veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde %10, %20, %33 veya %50 aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran pay devirleri BDDK'nın iznine tâbidir.

Bir bankanın sermayesinin yüzde on veya daha fazlasına sahip olan tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak, yukarıda belirtilen oranlar veya esaslar dâhilinde, el değiştirmesi de BDDK'nın iznine tâbidir. Bunun yanında, yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı için yukarıdaki oransal sınırlara bakılmaksızın BDDK'dan izin alınması gerekmektedir. Ayrıca, hisseleri borsada işlem gören bankaların hisselerinin borsadan alınması, bir bankanın hisselerinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra dairesinden satın alınması ve herhangi bir pay devri söz konusu olmasa dahi, mevcut paylar üzerine imtiyaz tesisi, imtiyazın kaldırılması veya intifa hakkı tesisi durumunda da, BDDK'dan izni alınması gerektiği, açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda belirtilen izinlerin verilmesinde, bankanın devralınan hisselerinin nominal değerinin yüzde biri oranında devir payının devralan tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunu, yatırılması zorunludur. Ayrıca, 'Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik'<sup>48</sup>in 11. maddesinde izin başvurularında verilmesi gereken belgelerin de BDDK'ya sunulması gerekmektedir.

<sup>47</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Taşdelen, Servet s. 264 vd. ile Tekinalp, s. 152 vd.

<sup>48</sup> 1 Kasım 2006 tarih ve 26333 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Ayrıca bkz. Bu Yönetmeliğin 10. maddesi ile Ek 1 ve Ek 2'de değişiklik yapan 24 Temmuz 2007 tarih ve 26592 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yönetmelik.

Yukarıda belirtilen izne aykırılık halinde, 5411 sayılı Kanunun m. 18 f. 3 hükmü gereği, izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunamayacağı hükme bağlanmakta, bu hükme aykırı olarak pay defterine<sup>49</sup> yapılan kayıtlar hükümsüz olduğu<sup>50</sup> belirtilmektedir. Yargıtay da, izin ve onay işlemi tamamlanmadan, ortaklar arasındaki sözleşmeye istinaden payların devredilmesinin şirkete karşı geçerlilik kazanmayacağını kabul etmektedir.<sup>51</sup> Ancak, kanatımızca, bu izin tek başına taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem niteliğinde olan ve mülkiyetin devri amacını taşıyan banka anonim ortaklık paylarının devrine ilişkin satım sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için hukuki bir şart niteliğinde olmayıp, sadece payın devrini şirkete karşı ileri sürülmesi için gerekli olan pay defterine kayıt edilmesi şartını etkilemektedir. Bu izin alınmadan yapılan devirleri, pay defterine kaydedilemediğinde veya bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüz olduğundan, birlik ve bölünme teorisine göre sonuçlarının değerlendirilmesi gerekecektir. Bu nedenle, yukarıda sermaye piyasalarında faaliyet gösteren aracı ortaklıklarda yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olacaktır.<sup>52</sup> Ancak, BDDK izni taraflar arasında payın devrine ilişkin satım sözleşmesinin meydana gelmesini ve kural olarak hüküm doğurmasını etkilememektedir. Tabi ki, eğer taraflar bu pay devri sözleşmesinde BDDK iznini açıkça bir taliki şart olarak, ayrıca kararlaştırmışlar ise, bu durumda yukarıda II. Bölümde yapılan açıklamalar doğrultusunda sözleşmenin de, hüküm doğurması için BDDK'nın izni gerekli olacaktır. Aksi halde taraflar arasında da, devir sözleşmesi hüküm doğurmayacaktır.<sup>53</sup>

## **2. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Ortaklıklarında**

19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 93. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununun 10., 12. ve 32. maddeleri ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. ve 13. maddelerine dayanılarak, BDDK tarafından çıkarılan Finansal Kiralama,

<sup>49</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Poroy/Çamoğlu/Tekinalp N. 1149 vd; Taşdelen, N., s. 162 vd.; Aytaç, s. 101 vd.; Yasaman, s. 43 vd.; Pulaşlı, Pay senetleri, s. 199; Çeker, s. 157 vd.; Sevi 204 vd.; Kendigelen, s. 43 vd.; Moroğlu, s. 51 vd.; Dağ, s. 180 vd.; Pekdinçer, s. 126 vd.; Kendigelen, s. 43 vd. ve Narbay, s. 299 vd.

<sup>50</sup> Kaydın hukuki niteliği ve hukuki sonuçları konusunda detaylı bilgi için bkz. Narbay, s. 237 vd. ve Eriş, 1. Cilt, s. 1318 vd.

<sup>51</sup> Bkz. Yargıtay 11. HD. 2000/6279E-2000/869K sayılı kararı. Karar metni ve değerlendirmesi için bkz. Taşdelen, Servet s. 271 vd.

<sup>52</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. yukarıda III. A. 1. Aracı Ortaklıklar.

<sup>53</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. yukarıda II. Anonim Ortaklık Payının Devrine İlişkin Sözleşmelerdeki Düzenleyici Kurumların İzni Şartının Hukuki Niteliği.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

Factoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğinin<sup>54</sup> 13. maddesi gereği bir kişinin, finansal kiralama, factoring veya finansman ortaklıklarının sermayesindeki payının %10'nu aşması veya bu ortaklıkların kontrolünün el değiştirmesi sonucunu doğuran pay devirleri BDDK'nın iznine tabidir. Buna karşın, pay defterine kaydedilen hisse devirlerinin izne tabi olmasalar bile bir ay içerisinde BDDK'ya bildirilmesi zorunludur. Ayrıca, finansal kiralama, factoring veya finansman ortaklıklarının sermayesinde yüzde on ve üzeri paya sahip olan tüzel kişilerin kontrolünün el değiştirmesi sonucunu doğuran hisse devirleri de BDDK'nın iznine tabidir.

İzne tabi hisse devirlerinde hisse devralacakların yönetmeliğin 5. maddesinde sayılan kurucularda aranan nitelikleri taşımaları şarttır ve bunu tevsik edici belgelerin BDDK'ya tevdi edilmesi zorunludur. Yukarıda banka ortaklıkların pay devrinde olduğu gibi burada da, izne tabi olup, izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunamaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. Bu nedenle, yukarıda banka ortaklıkların paylarının devrinde gerekli izin alınmamasının sonuçları için yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

### C. Sigorta Piyasasında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu<sup>55</sup> m. 3 f. 2.b gereği, anonim şirket şeklinde kurulacak sigorta şirketlerinin ve reasürans şirketlerinin hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve halka açık anonim şirketlerde halka açık olan kısım hariç olmak üzere tamamının nama yazılı olması gerekmektedir. Sigortacılık Kanununun 9. maddesine göre ise, doğrudan veya dolaylı olarak bir sigorta veya reasürans şirketinin sermayesinin %10, %20, %33, veya %50'sini bulacak ya da aşacak şekildeki pay edinimleri ile bir ortağa ait payların söz konusu oranları bulması veya bu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran pay devirleri Hazine Müsteşarlığı'nın iznine tâbidir. Ayrıca, şirketin denetim ve yönetime etkili olabilecek şekilde yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazını veren hisse devri, oransal sınırlamalara bakılmaksızın Müsteşarlığın iznine tâbidir. Buna aykırı olarak izin alınmaksızın yapılan hisse devirleri pay defterine kaydolunmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yani bu izin alınmadan yapılan devirler, pay defterine kaydedilemediğinde veya bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüz olduğundan, sigorta alanında faaliyette bulunan anonim ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi konusunda birlik ve bölünme teorisine göre değerlendirilmesi gerekecektir. Bu neden-

<sup>54</sup> 10.10.2006 tarih ve 26315 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>55</sup> 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

le, yukarıda sermaye piyasalarında faaliyet gösteren aracı ortaklıklarda yaptığımız açıklama burada da geçerli olacaktır.<sup>56</sup> Ancak, Hazine Müsteşarlığı'nın izni, taraflar arasında payın devrine ilişkin satım sözleşmesinin meydana gelmesini ve kural olarak hüküm doğurmasını etkilememektedir. Tabii ki, eğer taraflar bu pay devri sözleşmesinde Hazine Müsteşarlığı'nın iznini açıkça bir taliki şart olarak ayrıca kararlaştırmışlar ise, bu durumda yukarıda II. Bölümde yapılan açıklamalar doğrultusunda sözleşmenin de, hüküm doğurması için Hazine Müsteşarlığı'nın izni gerekli olacaktır. Aksi halde taraflar arasında da, devir sözleşmesi hüküm doğurmayacaktır.<sup>57</sup>

#### **D. Bireysel Emeklilik Piyasasında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda**

Kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratarak istihdamın artırılması ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunulmasını amacıyla, gönüllü katılıma dayalı ve belirlenmiş katkı esasına göre oluşturulan bireysel emeklilik sisteminin düzenlenmesi ve denetlenmesi amacı ile çıkarılan 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu<sup>58</sup> kapsamında kurulan bireysel emeklilik ortaklıklarda paylarının devrinde izni, bu kanunun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

- (1) Bir gerçek veya tüzel kişinin, bireysel emeklilik ortaklığının sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak %10 veya fazlasını temsil eden payları edinmesi ile bir ortağa ait payların ortaklık sermayesinin %10, %20, %33, veya %50'sini aşması sonucunu doğuran pay edinimleri ile bir ortağa ait payların söz konusu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran pay devirleri,
- (2) Bireysel emeklilik yönetim ve denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren veya intifa hakkı tanınan payların devri, bu oransal sınırlara bakılmaksızın,
- (3) Bireysel emeklilik ortaklığının tüm aktif ve pasiflerini diğer bir emeklilik ortaklığına devretmesi ya da bir veya birkaç emeklilik ortaklığı ile birleşmesi,

<sup>56</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. yukarıda III. A. 1. Aracı Ortaklıklar.

<sup>57</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. yukarıda II. Anonim Ortaklık Payının Devrine İlişkin Sözleşmelerdeki Düzenleyici Kurumların İzni Şartının Hukuki Niteliği.

<sup>58</sup> 07.04.2001 tarih ve 24366 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

(4) Bireysel emeklilik ortaklığının sermayesinin %10 ve daha fazlasına sahip olan tüzel kişilerin sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak yukarıda belirtilen oranlar veya esaslar dâhilinde el değiştirmesi

hallerinde Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığın izni gerekmektedir. Buna aykırı olarak yapılan tescil işlemleri hükümsüz olduğu açıkça düzenlendiği için, devrin anonim ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi konusunda birlik ve bölünme teorisine göre değerlendirilmesi gerekecektir. Bu nedenle, yukarıda sermaye piyasalarında faaliyet gösteren aracı ortaklıklarda yaptığımız açıklama burada da geçerli olacaktır.<sup>59</sup> Ancak, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığın izni, taraflar arasında payın devrine ilişkin satım sözleşmesinin meydana gelmesini ve kural olarak hüküm doğurmasını etkilememektedir.

### E. Radyo ve Televizyon Piyasasında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda

Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun<sup>60</sup> ile 1994 yılında, Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulunun yerine, özerk ve tarafsız bir kamu tüzelkişiliği niteliğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kurulmuştur. Ayrıca, 3984 sayılı Kanun 29. maddesinde, özel radyo ve yayın kuruluşlarının ortaklık yapısına, hisse devirlerine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, RTÜK tarafından, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre sadece radyo ve televizyon yayıncılığı, haberleşme, eğitim, kültür ve sanat amacıyla kurulmuş ve tüm hisseleri nama yazılı olan anonim ortaklıklara radyo ve televizyon yayın izni verilmektedir. RTÜK tarafından düzenlenecek yönetmeliğe uygun olarak, her yıl yapılacak yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı % 20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda, bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye gurubunun sermaye payı % 50'yi geçemez. Eğer bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye gurubunun % 50'den fazla hissesine sahip olduğu bir televizyon veya radyonun yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı % 20'yi geçerse, RTÜK tarafından yapılan bildirimden itibaren doksan gün içinde, ortağı bulunduğu televizyon veya radyodaki hisselerinin bir bölümünü halka arz ederek veya bir kısım hisselerini satarak, sermaye payını % 50'nin altına indirmek zorundadırlar. Ayrıca, yıllık izlenme veya dinlenme oranının aşımı, birden fazla televizyon ve radyodaki hisselerin toplamı nedeniyle meydana

<sup>59</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. yukarıda III. A. 1. Aracı Ortaklıklar.

<sup>60</sup> 20.04.1994 tarih ve 24366 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır

gelmişse, bu oranı % 50'nin altına indirecek biçimde yeterli sayıda ortaklığı satar. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda ise, söz konusu ortaklığın yayın izni iptal edilir. Bunun yanında, bir özel radyo ve televizyon yayın kuruluşunda yabancı sermayenin payı ödenmiş sermayenin % 25'ini geçemez ve bir özel radyo ve televizyon yayın kuruluşunda ortak olan gerçek veya tüzel yabancı kişi bir başka radyo ve televizyon kuruluşuna ortak olamayacakları gibi, yerli veya yabancı hissedarlar hiçbir şekilde imtiyazlı hisse senedine de sahip olamazlar.

Radyo ve televizyon yayını izni verilen bir anonim ortaklığın hisse devirleri ise, devir tarihinden itibaren bir ay içinde, ortakların ad ve soyadları ile devir sonucunda oluşan ortaklık yapısı ve oy payları hakkındaki bilgilerle, RTÜK'e bildirilmek zorundadır. Buna karşın, radyo ve televizyon yayını izni verilen anonim ortaklıkların bir başka ortaklığa devri, bir başka ortaklığın devralınması ve bir başka ortaklık ile birleşme işlemlerinden önce, RTÜK'ten izin alınması zorunludur. Bu işlemler sonucunda ortaklık yapısında yukarıda belirtilen hususlara aykırılık olduğu takdirde, RTÜK tarafından verilen süre zarfında bu aykırılık giderilmez ise, yayın izni iptal edilmektedir. Bu nedenle, burada bu izin veya bildirim tek başına taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem niteliğinde olan ve mülkiyetin devri amacını taşıyan radyo ve televizyon yayını izni verilen anonim ortaklığın paylarının devrine ilişkin devir sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için hukuki bir şart niteliğinde olmadığı gibi, nama yazılı payların TK m. 416 uygun bir şekilde devir edilmiş ve ortaklık pay defterine kayıt edilmiş ise, bu devir anonim ortaklığa karşı da ileri sürülebilecektir. Zira, kural olarak, radyo ve televizyon yayını izni verilen anonim ortaklığın pay devirleri serbestçe yapılmakta, ancak bunun RTÜK'e bildirilmesi gerekmekte; buna karşın yukarıda belirtilen tam birleşme durumlarında ise RTÜK'den izin alınması gerekmektedir. Bu yapılan pay devir veya birleşme işlemlerinde önemli olan husus, radyo ve televizyon yayını izni verilen bir anonim ortaklığın devir sonrasındaki yapısı yukarıda belirtilen hususlara aykırılık oluşturmamasıdır veya aykırılık olduğu takdirde RTÜK'ün vereceği süre zarfında bu aykırılığın giderilmesidir. Aksi halde, hukuki yaptırım radyo ve televizyon yayını izni verilen anonim ortaklığın yayın izninin iptal edilmesidir.

#### **F. Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda**

Enerji sektörünün serbest piyasa ortamında rekabete açılması ve oluşturulan piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi süreci son yıllarda hız kazan-

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

miş, Avrupa ülkelerinde ve ülkemizde de enerji sektörünün yeniden yapılandırılması ve düzenlenmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Bu süreç nedeniyle, 2001 yılında 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu<sup>61</sup> ile , Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuş, aynı yıl yapılan değişiklik ile<sup>62</sup> Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) adını almıştır. EPDK kamu tüzel kişiliğine haiz ve idari ve mali özerkliğe sahip olup, elektrik, doğal gaz, petrol ve LPG'nin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir enerji piyasasının oluşturulması, düzenleme ve denetimin sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, enerji sektöründe faaliyet gösteren ortaklıkların paylarının devrinde bazı hallerde EPDK'dan izin alınması gerekebilecektir.

### 1. Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun elektrik üretilmesi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, ithalatı ve ihracatı konularını ve bu faaliyetlerle iştigal eden ortaklıkları kapsamaktadır. Kanunun 2 f. 3<sup>63</sup> maddesine göre, bu piyasada faaliyet gösterebilecek özel hukuk hükümlerine tâbi tüzel kişilerin, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre anonim veya limited ortaklık olarak kurulması ve anonim ortaklıklarının sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki hisselerinin nama yazılı olması şarttır. Kanun, ilgili tüzel kişilerin, bu kanunun yürürlüğünden önce idare ile sözleşme imzalamış olanlar da dahil<sup>64</sup>, üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracat dahil olmak üzere elektrik enerjisi ve kapasite alım satımı veya ticareti faaliyetleri gösterebilmeleri için, EPDK'dan lisans almaları zorunluluğunu getirmiştir.<sup>65</sup> 4628 sayılı Kanu-

<sup>61</sup> 03.03.2001 tarih ve 24335 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>62</sup> 02.05.2001 tarihli ve 24390 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4646 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun ile bu değişiklik yapılmıştır.

<sup>63</sup> Bu fıkra, 10.5.2006 tarih ve 5496 sayılı Kanun 2. md. ile bu şekilde değiştirilmiştir. Değişiklikten önce: 'Piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmaları ve anonim şirket olarak kurulmaları halinde, hisselerinin tamamının nama yazılı olması şarttır.'

<sup>64</sup> Bunlar, 3096, 3996, 4283 ve 4501 sayılı kanunlar ile ilgili yönetmelik hükümler kapsamında imzalanan sözleşmeler, imtiyaz sözleşmeleri ve uygulama sözleşmeleridir.

<sup>65</sup> Bu kanun uyarınca çıkarılan, 04.08.2002 tarihli ve 24836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde, piyasada faaliyet gösteren ve gösterecek olan tüzelkişilere lisans verilmesine ilişkin kurallara yer verilmiş, ancak, mevcut sözleşmesi bulu-



nun 8/b maddesinde ise, elektrik piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin ortaklık yapılarında herhangi bir nedenle %10 veya daha fazla, halka açık ortaklıklarda ise %5 veya daha fazla bir sermaye payın doğrudan veya dolaylı olarak edinilmesi ve/veya bir ortağa ait olan payların ortaklık sermayesinin %10 aşması veya belirtilen oranların altına düşmesi sonucu doğuran devir işlemleri, EPDK onayına bağlı kılınmıştır<sup>66</sup> ve ayrıca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 7. maddesi kapsamına giren birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurumunun izin verme yetkisi açıkça saklı tutulmuştur. Bu kapsamda çıkarılan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin<sup>67</sup> 47. maddesinde de hisse devri usul ve esaslar düzenlenmiştir. EPDK, hisseyi devralan gerçek veya tüzel kişinin, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları<sup>68</sup> taşıması kaydıyla gerekli izni vermektedir. Ancak ne 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda ne de Yönetmelikte (zaten kanunda düzenlemeyi aşan bir yönetmelik yapılmaz), kurul izni alınmamasının hukuki sonuçunun ne olacağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. EPDK'nın onay vermemesi sonucunda, devralan pay sahibi sıfatını ve payın mülkiyetini kazanamayacağı ve pay defterine kayıt yapılmışsa bunun hükümsüz olacağı yönünde doktrinde bir görüş<sup>69</sup> bulunmakta ise de, bu görüş gerekçelendirilmemiştir. Kanaatimizce, burada diğer kurul izinleri ile birlikte bir karşılaştırma yaparak sorunu değerlendirmek daha faydalı olacaktır. Gerek Bankacılık gerekse Sigortacılık Kanunları, yukarıda belirttiğimiz gibi, benzer bir şekilde belli oranda hisse devirlerinde, kurumların (BDDK, Müsteşarlık) iznine tabi tutmakta ve buna aykırı yapılan devirlerin, pay defterine kayıt edilemeyeceği, kaydın hükümsüz olacağı gibi sonuç doğuracağı da kanun maddelerinde açıkça düzenlenmektedir. Ancak, Bankacılık ve Sigortacılık Kanunlarının aksine, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda, kurul onayı alınmadan yapılan hisse senetlerin devrine işleminin hukuki sonuçunun ne olacağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış, sadece 11. maddesi ile bu kanuna aykırı işlemlere karşı idari para cezasından alınan lisansların iptaline kadar çeşitli genel yaptırımlar<sup>70</sup> düzenlenmiştir. Bu nedenle, EPDK izni alınmadan yapılan payların devri de, aykılıklara ilişkin genel düzenleme yapan 11. madde kapsamın-

---

nan tüzelkişiler ile sözleşmesi bulunmayan tüzelkişilerin lisans başvuruları farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

<sup>66</sup> Bkz. Can, s. 481 vd.ve Sevi, s. 109 vd.

<sup>67</sup> 04.08.2002 tarihli ve 24836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>68</sup> Bkz. Aslan ve Diğerleri, s. 302 vd..

<sup>69</sup> Bkz. Sevi, s. 110.

<sup>70</sup> Bkz. Aslan ve Diğerleri, s. 429 vd..



## **Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri**

da değerlendirilmesi gerekecektir. Bu işlem m.11 f. 1.b sayılan işlemlere uyduğu için, bu bağlamda ilk aşamada sadece öngörülen idari para cezası yaptırımını söz konusu olacaktır. Bu durumda, EPDK izni şartı, taraflar arasındaki ne borçlandırıcı işlemin ne de tassaruf işlemin geçerliliğini ve hüküm doğurmasını tek başına etkilemeyecektir.

### **2. Doğal Gaz Piyasasında Faaliyet Gösteren Ortaklıklarda**

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu<sup>71</sup> m. 4 f. 3'e göre, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim veya limited ortaklık olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı olması şarttır. Bu husus, Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinin<sup>72</sup> m. 8. de belirtilmiş ve m. 42 bu ortakların payların devri ve bu ortaklıkların birleşmelerini düzenlemiştir. Buna göre, lisans sahibi bir ortaklığın sermayesinin %10, halka açık şirketlerde ise %5, veya daha fazlasını temsil eden payların, doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek veya tüzel kişi tarafından edinilmesi ile bir ortağa ait payların tüzel kişilik sermayesinin %10 aşması sonucunu veren pay edinimleri ve/veya bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri, her defasında EPDK onayına tabidir. EPDK onayı, hisseyi devralan gerçek veya tüzel kişinin, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması kaydıyla verilir. Doğal Gaz Piyasası Kanununda, kurul onayı alınmadan yapılan hisse senetlerin devrine işleminin hukuki sonuçunun ne olacağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış, sadece 9. maddesi ile bu kanuna aykırı işlemlere karşı idari para cezasından alınan lisansların iptaline kadar çeşitli genel yaptırımlar<sup>73</sup> düzenlemiştir. Bu nedenle kanaatizice, EPDK onayı alınmadan yapılan payların devri de, aykılıklara ilişkin genel düzenleme yapan 9. madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecek ve bu işlem m. 9 f. 1.b sayılan işlemlere uyduğu için, bu bağlamda ilk aşamada sadece öngörülen idari para cezası yaptırımını söz konusu olacaktır. Bu durumda, EPDK onayı şartı, taraflar arasındaki ne borçlandırıcı işlemin ne de tassaruf işlemin geçerliliğini ve hüküm doğurmasını tek başına etkilemeyecektir.

### **IV. Pay Devrinin Rekabet Kurumu İznini Gerektirdiği Haller**

Bu bölümde, devletin rekabet politikası gereği, piyasa ayırımı göstermeden anonim ortaklıkların paylarının devrinde ve belli şartların varlığında, bu konuda yetkili Rekabet Kurulu'ndan gerekli iznin alınması veya Kurula

<sup>71</sup> 02.05.2001 tarih ve 24390 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>72</sup> 07.09.2002 tarih ve 24869 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>73</sup> Bkz. Aslan ve Diğerleri, s. 429 vd..

gerekli bildirim yapılması şartı üzerinde, bu çalışmanın kapsamına uygun olarak kısaca duracağız.

07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun<sup>74</sup>'un 7. maddesine göre,

*“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”*

Bu nedenle bu tür birleşme ve devralmalar baştan itibaren geçersiz olacaktır. 4054 sayılı Kanununun 7. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan haller, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurumu'ndan izin alınması gereken birleşme veya devralmalar ve bunların Rekabet Kurulu'na bildirilmesi usul ve esaslarını belirlemek üzere, ilk olarak 'Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'<sup>75</sup> (No: 1997/1)<sup>76</sup> ve ardından 7 Ekim 2010 günü yayınlanan yeni 'Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'<sup>77</sup> (Tebliğ No: 2010/4) çıkarılmıştır. 2010/4 Nolu Tebliği 1 Ocak 2011 tarihinde itibaren yürürlüğe girecek ve bu tarihten itibaren 1997/1 Nolu Tebliğ'i yürürlükten kaldıracaktır. Bu nedenle, çalışma kapsamında bu Tebliğinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda önce 1997/1 Nolu Tebliği ardından 2010/4 Nolu Tebliği hükümleri, bu kapsamda değerlendirilecektir.

#### **A. 1997/1 Nolu Tebliği Hükümleri**

1997/1 Nolu Tebliği'nin 2. maddesinde nelerin teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edildikleri belirtilmiştir. Buna göre,

<sup>74</sup> 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>75</sup> 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>76</sup> Bkz. Aslan, s. 533 vd. ve İnan/Piker, s. 75 vd.

<sup>77</sup> 7.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

- (1) Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi;
- (2) Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi;
- (3) Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture);

Rekabet Hukuku açısından, teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak değerlendirilmektedir. Bu Tebliğ'in 4. maddesi gereğinde, bu tür birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş milyon Türk Lirası'nı aşması halinde<sup>78</sup> Rekabet Kurumu'ndan izin almaları zorunludur.<sup>79</sup> Rekabet Kurulu incelemesinde, birleşme ve devralmaların, hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurup doğurmadığının tesbiti gerekmektedir.<sup>80</sup> Bu nedenle, bu eşiklere ulaşılması halinde anonim ortaklıklarda yapılan pay devirlerinde de Rekabet Kurumu'ndan izin alınması gerekmektedir.

Tebliğin 5. maddesi gereği, usulünce yapılmış olan bildirimde açıkça veya zımnen bir karar verilmeden önce, sözkonusu birleşme veya devralma hukuken geçerlilik kazanamaz. Ayrıca, izne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Rekabet Kurumu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde ise, para cezası uygulanır. Tüzel kişiliği olan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu para cezasının uygulanması halinde, yönetim organlarında görev

<sup>78</sup> Bkz. Rekabet Kurulunun 20.07.1999 tarihli ve 99-36/361-229 sayılı Kararı (<http://www.rekabet.gov.tr/pdf/99-36-361-229.pdf>). Olayda, bu eşikler aşılmadığından Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında izne tabi bir devir işlemi olmadığına karar verilmiştir.

<sup>79</sup> Bkz. Can, s. 483 vd. ve Sevi, s. 103vd.

<sup>80</sup> Bkz. Rekabet Kurulunun 30.05.2000 tarihli ve 00-20/201-110 sayılı Kararı (<http://www.rekabet.gov.tr/pdf/00-20-201-110.pdf>) ve 03.08.2000 tarihli ve 00-29/309-176 sayılı Kararı (<http://www.rekabet.gov.tr/pdf/00-29-309-176.pdf>) ile 05.09.2000 tarihli ve 00-33/357-201 sayılı Kararı (<http://www.rekabet.gov.tr/pdf/00-33-357-201.pdf>) Bkz. Can, Mustafa Erdem, Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, Ankara 2006 S. 493 vd.

alan gerçek kişilere de verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır.<sup>81</sup> Tebliğ kapsamına giren birleşme ve devralmalar için, izin talebinin bildirim yoluyla yapılması öngörülmüş olmakla birlikte; bildirim yapılmamış olsa bile, Kurum'un herhangi bir şekilde işlemde haberdar olarak birleşme veya devralmaya izin vermesi söz konusu olabilir. Ancak, bu durumda, bildirimde bulunmamanın yaptırımını olarak, 4054 sayılı Kanununun 11. maddesi gereği, ilgililere para cezası uygulanacaktır.

1997/1 Nolu Tebliğ anlamında birleşme veya devralma sayılmayan hukuki işlemler ile Tebliğ'de yer alan ciro ve pazar payı eşiklerinin her ikisini de aşmayan birleşme ve devralmalar, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi aykırılık teşkil etmediği kabul edildiğinden, herhangi bir bildirim ve izne tabi olmamakta, baştan itibaren geçerli olmaktadır. Buna karşın, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamındaki geçersizlik yaptırımını, sadece izne tabi olan birleşme veya devralmalar için söz konusu olabilecektir.<sup>82</sup> Ancak, Tebliğ kapsamında bildirilmesi gerektiği belirtilen birleşme ve devralmalardan ise, sadece 4054 sayılı Kanununun 7. maddesi kapsamındaki hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme ve devralma, baştan itibaren hukuken geçersizdir. Buna karşın, bu kapsamda olmayan, ancak ciro ve/veya pazar payı eşiklerini aşan birleşme ve devralmalar, Tebliğ nedeniyle izin almasa da baştan itibaren hukuken geçerli olacaktır. Bu son haldeki durumda, 4054 sayılı Kanun 7. maddesinde bir aykırılıktan söz edilemeyeceği için, Rekabet Kurumu'nun bu tür birleşme ve devralmalara verdiği izin, aslında hukuki manada bir menfi tespit niteliğinde olduğu için, bunun yerine getirilmemesi birleşme ve devralmanın hukuki niteliğine etki etmeyecektir.<sup>83</sup>

### **B. 2010/4 Nolu Tebliği Hükümleri**

2010/4 Nolu Tebliği'nin 5. maddesinde, birleşme ve devralma olarak şu haller kabul edilmektedir:

*“(1) Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;*

*a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da*

<sup>81</sup> Bkz. Can, s. 483 vd. ve Sevi, s. 108.

<sup>82</sup> Bkz. Şanlı, s. 444 ve Aksoy, bölüm 2.3.

<sup>83</sup> Bkz. Aksoy, bölüm 2.3. ve buna karşı görüş Şanlı, s. 444.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünü, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanununun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.

(2) Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.

(3) Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir.

(4) Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir. ”

Bu kapsamda ortaya çıkan birleşme ve devralmalardan, Tebliğin 7. maddesine göre, işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL’yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL’yi veya işlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL’yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL’yi, aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu’ndan izin alınması zorunludur. Rekabet Kurulu, bu eşikleri, iki yılda bir yeniden belirleme yetkisini sahiptir. Bu kapsamdaki birleşme ve devralmalardaki tarafların cirolarının hesaplanması, Tebliğin 8. ve 9. maddelerine göre yapılacaktır. Tebliğin 7. maddesindeki eşiklere ulaşan birleşme ve devralmalar Tebliğin 10. maddesi gereği Rekabet Kurulu’na bildirilmesi ve izin alınması gerekmektedir. İzne tabi birleşme veya devralmalara ilişkin

olarak yapılan bildirim hakkında açıkça veya zımnen bir karar verilmeden önce birleşme veya devralma hukuken geçerlilik kazanamayacaktır. Ancak bu hükmü, 1997/1 sayılı Tebliğ’de olduğu gibi, sadece 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi kapsamındaki birleşme ve devralmalar için uygulanabileceği şeklinde yorumlamak gerekmektedir. Aksi halde, Tebliğ ile kanundaki geçersizlik yaptırımını genişletmek kanuna aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, bildirilmesi zorunlu olan birleşme veya devralma işlemlerinin Kurula bildirilmemesi veya işlem gerçekleştirildikten sonra bildirilmesi halinde, 4054 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca; izne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Kurulun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde ise, 4054 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca, idarî para cezası uygulanacaktır. İdarî para cezası birleşme işlemlerinde tarafların herbirine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilecektir.

Birleşme veya devralma işlemlerinden, ortak girişimler hariç olmak üzere, yukarıda belirtilen eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmemektedir. Ayrıca, Tebliğin 6. maddesinde Kanun’un 7. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılmayan ve izin alınması gerekmeyen diğer haller şu şekilde belirtilmiştir:

*“a) Kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler;*

*b) Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları,*

*c) Kontrolün; tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi,*

*ç) Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi.”*

Bu tür hukuki işlemler baştan itibaren geçerli olacaktır.

## Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri

### V. Sonuç

Anonim ortaklıklarda, ortaklık hak ve borç bütününe temsil eden payın devrinde, taraflar aralarında yaptıkları devir sözleşmesinde, ilgili denetim ve düzenleme kurullarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurullara gerekli bildirim yapılması şartını öngörülmüş ise, bu bir Borçlar Kanunu bağlamında taliki bir şart olup; bu şart gerçekleşmedikçe kural olarak payın devri hükümlerini ifade etmez. Ancak, taraflar bu hususu taliki şart olarak belirlememişler ise, bu durumda ilgili düzenlemeyi yapan kanunda bu iznin hukuki niteliğine ve sonuçlarına göre, pay devri sözleşmesinin hüküm ifade edip etmeyeceği tespit edilecektir. Zira, hernekadar anonim ortaklıklarda pay, kural olarak tamamen veya kısmen serbestçe devredilebilir ise de, bazı sektörlerde faaliyet gösteren anonim ortaklıkların payının devrinde ve belli şartların varlığında, devletin finansal, rekabet ve denetim politikası gereği, ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli iznin alınması veya ilgili kurullara gerekli bildirim yapılması şartı getirilmektedir. Rekabet Hukukuna ilişkin düzenlemeler, taraflar arasındaki borçlandırıcı işleminin ve tasarruf işleminin geçerliliğini ve hüküm doğurmasını etkilerken; Bankacılık ve sigorta gibi sektörlerde faaliyet gösteren ortaklıkların paylarının devirlerinde ilgili kurumun izni alınmadan yapılan devirlerin, pay defterine kayıt edilemeyeceği ve kaydın hükümsüz olacağı gibi sonuç doğuracağı da kanun maddelerinde açıkça özel olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle, bu tür izinler tek başına taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem niteliğinde olan ve mülkiyetin devri amacını taşıyan anonim ortaklık paylarının devrine ilişkin satım sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için, yani borçlandırıcı işlemin gerçekleşmesi için, gerekli bir şart niteliğinde olmayıp, sadece nama yazılı senetlerin devrinin şirkete karşı ileri sürülmesi için gerekli olan pay defterine kayıt edilmesi şartını yani tasarruf işlemini etkilmektedir. Nama yazılı pay senetlerin devrinde, pay devrinin pay defterine kayıt istemi reddedilmesi halinde ortaya çıkan hukuki durum, bu konuda TTK Tasarısı'nın aksine mevcut TTK'da açık bir düzenleme olmadığı için, doktrinde birlik ve bölünme teorileri ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle, pay devir sözleşmesinin tasarruf işleminin durumu, bu teorilere göre değerlendirilmelidir. Buna karşın, enerji piyasaları gibi bazı sektörlerde faaliyet gösteren anonim ortaklıklarda, ilgili kurum onayı alınmadan veya ilgili kuruma bildirim yapılmadan yapılan pay devri işlemine karşı sadece idari para cezasından alınan lisansların iptaline kadar çeşitli yaptırımlar gündeme getirmektedir.



**KAYNAKÇA**

- Aksoy, M. Nazlı** Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2004,
- Aslan, İ. Yılmaz/ Katircioğlu, Erol/Ilıcak, Ali/Ardıyok, Şahin/Altınay, Galip/Gültekin, Banu/Önal, Emre/Akçaoğlu, Can** Enerji Hukuku C.I, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Bursa 2007 (**Aslan ve Diğerleri**)
- Aslan, İ. Yılmaz** Rekabet Hukuku, 4. Bası, Bursa 2007
- Aytaç, Zühtü**, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1998
- Can, Mustafa Erdem** Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, Ankara 2006
- Çevik, Orhan Nuri** Anonim Şirketler, Ankara 1988
- Dağ, Üner**, Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devrinde Pay Defterine Kayıtlı Bulunmayan Yeni Malikin Hukuki Durumu, İkt.Mal.; 1987 C.XXXIV, S.5, s. 179 vd.
- Doğanay, İsmail** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, 4. Bası, Ankara 2004
- Eren, Fikret** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2001
- Eriş, Gönen** Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 1. Cilt, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketler, 2. Bası, Ankara 1992
- İmregün, Oğuz** Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 2005
- İnan, Nurkut/Piker, Mehmet B.** Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara 2007
- Karahasan, Mustafa Reşit** Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2003
- Kendigelen, Abuzer**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994
- Kılıç, Harun**, Anonim Ortaklık Paylarının Devrinde Şekil Şartı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, s. 1077 vd., İstanbul 2009
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2005
- Moroğlu, Erdoğan**, Nama Yazılı Pay Senetlerinin Borsada İşlem Görmesi ve Yargıtay Kararları, XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1996, s. 39 vd.
- Narbay, Şafak** Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** Borçlar Hukuku, İstanbul 2000



## **Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri**

- Pekdiñer, Tamer**, Anonim Ortaklıklarda Hisse Senedinin Devri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1993
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2003
- Pulaşlı, Hasan** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989
- Reisoğlu, Safa** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2002
- Pulaşlı, Hasan**, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992
- Sevi, Ali Murat** Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004
- Sirmen, Lale** Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992
- Şanlı, Kerem Cem** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2000
- Taşdelen, Nihat** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması, İstanbul 2005
- Taşdelen, Servet** Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2006
- Tekinalp, Ünal** Banka Hukukunun Esasları, 2. bası, İstanbul 2009
- Uyar, Turgut** Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C I ve II, Ankara 2003
- Ünal, Oğuz Kürşad** Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet**, Türk Borçlar Kanun Şerhi, Ankara 1987
- Yasaman, Hamdi**, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992
- Yavuz, Cevdet** Borçlar Kanunu (BK.), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT.) ve Gerekçesi, Karşılatırmalı Liste ile Birlikte, 7. Bası, İstanbul 2007

BOŞ

# MODEL OF ADR MECHANISM FOR TURKEY IN REGARDS TO CONSUMER DISPUTES IN TELECOMMUNICATIONS

Güneş KOCA\*

## TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE TÜKETİCİ ŞİKAYETLERİNİN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN TÜRKİYE İÇİN ALTERNATİF ŞİKAYET ÇÖZÜM MEKANİZMASI MODELİ

### Özet

Alternatif uzlaşmazlık çözüm yöntemleri ya da kısaca ADR uzlaşmazlıkların çözümünde kullanılan yeni bir yöntem değildir, bu yöntemlerin eski çağlarda da kullanılmış olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte, yargı sistemlerinin beklenen şekilde işlememesi nedeniyle ADR tekrardan önemli olmaya başlamıştır. Hızlılığı, gizliliği ve düşük maliyetleri nedeniyle birçok ülke tarafından uygulanması teşvik edilmektedir. Bu çalışmada, telekomünikasyon (elektronik haberleşme) sektöründe ortaya çıkan tüketici şikayetlerinin çözülmesinde AB üyeliğine aday bir ülke olan Türkiye’de AB’nin Evrensel Hizmet Direktifi ve diğer bazı ülkelerin uygulamalarının ışığı altında ADR yöntemlerinin kullanılması ve Türkiye için bir model önerisi üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** ADR, AB Direktifleri, Uzlaşmazlık, Tüketici, Elektronik Haberleşme

## MODEL OF ADR MECHANISM FOR TURKEY IN REGARDS TO CONSUMER DISPUTES IN TELECOMMUNICATIONS

### Abstract

Alternative Dispute Resolution or shortly ADR is not a new invention; it is known that societies used these various kinds of mechanism to resolve disputes in earlier times. However, it became important again after dissatisfaction results of judicial systems in most countries. It is encouraged by most countries because of its expediency, confidentiality, and lower costs. In this study, the use of ADR in consumer disputes in regards to telecommunications (or electronic communications) is examined in order to find an appropriate model for a developing country’s telecommunications sector. In this paper, with reference to Universal Service Directive of EU, a model of

---

\* Bilişim Uzmanı, Bilgi Teknolojileri ve İletişimi Kurumu. Bu yazıda ifade edilen görüşler yazarla ait olup, hiçbir suretle Bilgi Teknolojileri ve İletişimi Kurumunun görüşleri şeklinde yansıtılamaz.

*ADR mechanism for Turkey which is an EU candidate country is discussed in the light of Universal Service Directive of EU and several countries' implementations.*

**Key Words:** *ADR, EU Directives, Dispute, Consumer, Electronic Communications.*

*“A dispute is a problem to be solved, not a combat to be won.”*

Anonymous

## **I. INTRODUCTION**

When there are two people, there is always possibility of conflict between each other, so it is not possible to avoid from disputes every time, unfortunately they are part of our lives. However, solving the disputes with traditional litigation method is mostly overburdened and ineffective, which often exacerbates the disputes, making negative feelings fester and grow<sup>1</sup>. As a result of these negative affects societies promoted alternative methods in order to resolve their disputes.

The term “Alternative Dispute Resolution”, “Appropriate Dispute Resolution”, “Amicable Dispute Resolution” or shortly “ADR” is generally used to describe a wide variety of dispute resolution mechanisms that are alternative to adjudication. By other words ADR is an out of court remedy for disputes. The goal of ADR, is to ensure that communication comes first and litigation comes last, if at all<sup>2</sup>.

Although, it is assumed that ADR has its roots in antiquity, the use of ADR in the US promoted in the 1970s as a result of dissatisfaction in the US judicial system. It is accepted that the modern era of the ADR motion started at the Pound Conference in 1976. At that conference Chief Justice Warren Burger denounced the delay, expense, and unnecessary technicality in the judicial system and called for the development of informal dispute resolution processes<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> **Attorney General's Report to the President on the Alternative Dispute Resolution (ADR) Working Group**, <http://www.usdoj.gov/adr/presi-report.htm>, (retrieved on 03.06.2009)

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> **David B. Lipsky, Ronald L. Seeber, & Richard D. Fincher**, *Emerging Systems for Managing Workplace Conflict*, 2003, p. 75; **A. Leo Levin, Russell R. Wheeler**, *The Pound Conference: Perspectives On Justice In the Future*, West Publishing Co. St. Paul Minnesota, 1979

## ***Model Of ADR Mechanism For Turkey***

On the other hand, in the other countries the ADR movement has also taken off in both developed and developing countries. ADR models used in other countries may be hybrid experiments mixed with elements of traditional dispute resolution or straight-forward imports of processes found in the US<sup>4</sup>. ADR mechanisms widely implemented to ensure social, legal, political, and commercial welfare.

ADR is preferred instead of litigation by most of the practitioners because of the advantages like; lower costs, satisfactory and expeditious process, confidentiality, maintenance of relationships, and well developed communication between the parties, more creative solutions, improvement of internal moral, and productivity.

As our aim is to find out the suitable out of court dispute resolution mechanism for Turkey's electronic communications (telecommunications) sector relating to consumer disputes, after this brief information in the introduction of this study, in the following part we are going to focus on ADR mechanisms. In the third part of the paper we are going to give some information about possible consumer disputes in electronic communications sector, as Turkey is a candidate country for the EU and tries to harmonize her legislation with the EU directives in the fourth part we are going to focus on the EU directive relating to out of court dispute resolution process in telecommunications sector and we are going to explore the practices of some EU member countries and other countries. Finally, in the conclusion in order to make a guideline for Turkey we are going to suggest which mechanism or mechanisms are suitable for Turkish electronic communications sector for the resolution of consumer disputes.

## **II. TYPES OF ADR**

As we have indicated in the first part of this study dispute resolution outside of courts is not new; societies world-over have long used non-judicial, indigenous methods to resolve conflicts. What is new is the extensive promotion and proliferation of ADR models, and the increasing use of ADR<sup>5 6</sup>. There are different kinds of ADR mechanisms which are used in the US. Some of

---

<sup>4</sup> **Center for Democracy and Governance**, Alternative Dispute Resolution Practitioners' Guide, 1998, p. 5

<sup>5</sup> *Ibid*

<sup>6</sup> **OECD Working Party on Telecommunication and Information Services Policies Report** <http://www.oecd.org/dataoecd/56/11/35954786.pdf>, (retrieved 03.02.2009)

the developing and developed countries also import these mechanisms. In this part of the study we are going to give brief information about the types of ADR according to their usage. We are not going to focus on the ADR mechanisms which are not so common: But we want to focus on some common ADR mechanisms like negotiation, mediation, and arbitration in order to figure out which one better suits the consumer disputes in telecommunications.

### **II. 1. Preventive ADR Mechanisms:**

In this type of ADR mechanism it is recognized that conflict is inevitable, so it is necessary to channel disagreements into a problem-solving arena early enough to avoid escalation into full-blown disputes. Besides solving the conflict earlier, it is also important to involve the parties in establishing at the outset how any disagreement or conflict will be handled before the dispute arises. Preventive ADR is mostly used in construction and employment sector<sup>7</sup> <sup>8</sup>. There are three kind of preventive ADR mechanism; these are ADR Clauses, Partnering and Negotiation.

*Negotiation:* Negotiation is the core of all ADR processes as it occurs in an informal conversation between a parent and a child regarding going out at night or in a formal process between two construction firms and their solicitors on the steps of the courthouse.

The purpose of negotiation is to reach a mutually acceptable agreement among the parties. It is a form of voluntary back and forth communication designed to reach an agreement when different sides have different interests.

### **II. 2. Facilitative ADR Mechanisms:**

Facilitate simply means; make easy, assist forward, promote, expedite<sup>9</sup>. Facilitation is a process where a neutral whose selection is acceptable to all parties of a conflict and who has no substantive decision-making authority, diagnoses and intervenes to help the parties improve how it identifies and solves problems and makes decisions to increase the effectiveness<sup>10</sup>. The role of the neutral is to assist the parties to reach a mutually acceptable agreement

---

<sup>7</sup> **Law Reform Commission**, Consultation paper Alternative Dispute Resolution, July 2008, p. 41.

<sup>8</sup> **Folberg, H. Jay and Rosenberg, Joshua D.**, Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis (1994). Stanford Law Review, Vol. 46, p. 1487, 1994.

<sup>9</sup> Babylon-Pro 5, English Dictionary.

<sup>10</sup> **Nancy D. Erbe**, Facilitative ADR's Global Popularity and Promise, Bepress Legal Series, year 2004, paper 205, pp. 7-8

## ***Model Of ADR Mechanism For Turkey***

between the parties, but he/she doesn't have advisory or determinative role. This category of ADR includes the process of mediation.

*Mediation:* Mediation which includes the advantages such as speed, privacy, cost, flexibility, informality, party-control, and preservation of relationships is a win-win approach ADR mechanism. There are three steps in mediation. First step is the "Joint Session" in which the mediator explains the process to the parties. In this step mediator also assess the appropriateness of mediation to the situation and ensures the parties that they are willing and able to participate. Second step is the "private caucuses" in which the mediator meets with each party privately to discuss their respective positions and their own underlying needs and interests<sup>11</sup>. This step is strictly confidential if the party doesn't let the mediator share the information with the other party. And the last step is "Closing Joint Session" in which an agreement reached by the parties. After reaching a mutually acceptable agreement parties sign the agreement and it becomes binding contract at this point.

### **II. 3. Advisory ADR Mechanisms:**

Advisory ADR mechanism involves a neutral and independent third party who assists the parties in reaching a mutually acceptable agreement by evaluating the positions of the parties. In this method third party advises the parties and also recommends options for the resolution of the dispute. Advisory ADR mechanism includes collaborative lawyering and conciliation. Conciliation resembles mediation but in conciliation, conciliator takes more interventionist role and tries to settle the dispute whereas mediator just tries to guide the discussion and reframes representations.

### **II. 4. Determinative ADR Mechanisms:**

Determinative ADR mechanisms are in the more adversarial part of the ADR spectrum. These mechanisms involve a neutral and independent third party who hears the both parties and renders a potentially enforceable decision. This type of ADR includes the processes of arbitration, adjudication, and expert determination and compared to other ADR mechanisms party control decreases in this side of the spectrum.

*Arbitration:* A dispute is submitted to one or more neutral third party with the mutual agreement of the parties of the dispute. Arbitrators are generally selected for their specialized knowledge in a substantive area of the dis-

---

<sup>11</sup> See footnote 6. p. 46

pute<sup>12</sup>. Arbitration may be voluntary (by private agreement) or mandatory, and the decisions of the arbitrator(s) binding and enforceable.

**II. 5. Collective ADR Mechanisms:**

Collective ADR mechanism is the successful method of dealing with multi-party scenarios without resorting to litigation. Ombudsman schemes are mostly shown as an example of collective ADR mechanism.

**II. 6. Court Based ADR Mechanisms:**

Court based ADR mechanisms usually take place after litigation has been initiated and during the lead up to the commencement of a trial and are aimed at reaching a settlement on some or all issues. These mechanism includes Early Neutral Evaluation, Court Settlement Masters, Court Referred ADR, Small Claims Court. These processes may be supervised by a judge of the Court or a Court official.

**II. 7. Comparison of Common ADR Mechanisms with Adjudication**

The below chart shows how likely or different are the ADR mechanisms and adjudication:

Characteristics	Litigation	Arbitration*	Mediation**	Negotiation
Voluntary/ Involuntary	Involuntary	Voluntary	Voluntary	Voluntary
Binding/ Nonbinding	Binding; subject to appeal	Binding Subject to review on limited grounds	If agreement, Enforceable as Contract; sometimes agreement embodied in court decree	If agreement, enforceable as contract

<sup>12</sup> Alva Orlando, The Range of Dispute Resolution Mechanisms, [http://www.blaney.com/files/adr\\_range.pdf](http://www.blaney.com/files/adr_range.pdf), (retrieved on 03.25.2009)



### *Model Of Adr Mechanism For Turkey*

Third Party	Imposed, third party neutral decision – maker  Generally with no specialized expertise in dispute subject	Party-selected  Third-party decision maker, often with specialized subject expertise	Party-selected outside facilitator	No third-party facilitator
Degree of formality	Formalized and highly structured by predetermined, rigid rules	Procedurally less formal; procedural rules and substantive law may be set by parties	Usually informal, unstructured	Usually informal unstructured
Nature of Proceeding	Opportunity to present proofs and arguments	Opportunity for each party to present proofs and arguments	Unbounded presentation of evidence, arguments and interests	Unbounded presentation of evidence, arguments and interests
Outcome	Principled decision, supported by reasoned opinion	Sometimes principled decision supported by reasoned opinion; sometimes compromise without opinion	Mutually acceptable agreement sought	Mutually acceptable agreement sought
Private/Public	Public	Private, unless judicial review sought	Private	Private

\* Court-annexed arbitration is involuntary, nonbinding, and public

\*\* In some jurisdictions, mediation is mandatory for certain kinds of cases or if a court so orders.

### **III. CONSUMER DISPUTES IN ELECTRONIC COMMUNICATIONS**

In the modern world almost all the people benefit from electronic communications (or telecommunications) services of the telecommunications companies. These services can be standard landline services, mobile services, cable TV or satellite services, internet services, directory information services, and pay-phone services.

While getting service from these companies we can have some problems about the price that charged by the company or the quality of the service and etc. Before finding the best alternative dispute resolution method for consumer disputes in telecommunications it will be better to take a look at the disputes in this sector. This will help us to find which conflicts can be included in ADR. As our aim is to find the suitable method for Turkey, first of all we must remind that in Turkey equipment faults relating to goods are not included, but conflicts arising from the services of the companies are included into ADR.

In telecommunications sector mostly recognized complaints are *billing* complaints. Other frequently faced complaint is failure to keep consumers informed, in this category telecommunications operators don't inform the consumers about the changes that they made relating to services they provide. These complaints can be categorized as *customer service* issues. In addition to aforementioned complaints, the other category of complaints is related with terms and conditions of the *contracts*. In this category people usually complains about the advice provided at point of sale, accessibility, or variation of contract terms. *Number portability* is another type of complaint which is mostly confronted after the implementation of number portability in most of the countries. This category of consumer complaints consists of delay of number portability, or problems caused by the providers. Issues relating to *quality of service* such as service interruptions, fault repair, coverage, and internet speed are also other kinds of complaint. Nowadays, dissemination and use of personal data, shortly privacy issues are also the concerns of consumer complaints.

These complaints are basic complaints which are handled by a division in telecommunications authorities or neutral third party such as telecommunications ombudsman or independent ADR organizations. In some countries more categories of complaints such as telemarketing, unlawful advertising are added to consumer complaints handled by the telecommunications authorities of the countries or independent ADR organizations.

In the following part of this study, basic requirements of out-of-court dispute resolution and implementations of ADR by some of the EU countries is examined with reference to Universal Service Directive of EU. In addition to implementations of some EU countries, use of ADR by FCC and FTC is searched with regards to consumer disputes.

#### **IV. EU DIRECTIVE ON USERS' RIGHTS RELATING TO ELECTRONIC COMMUNICATIONS and PRACTISE OF ADR IN SOME EU COUNTRIES and IN THE US**

In June 1993 The EU Council meeting of Telecommunications ministers decided to liberalize the European Telecoms sector by 1998 and on January 1, 1998 The European telecoms sector officially liberalized. After the liberalization of the sector in 1998, The Commission proposed the first review of the telecoms rules and the new common regulatory framework is adopted on April 24, 2002. Directive 2002/22/EC of The European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services shortly named Universal Service Directive is one of the directives in this new regulatory package and was published on the Official Journal of the European Communities on April 24, 2002.

According to 47<sup>th</sup> recital of the Universal Service Directive, National Regulatory Authorities (NRA) of EU Member States (MS) should ensure effective procedures to deal with the disputes between consumers and operators providing publicly available communications services. MS should take full account of Commission Recommendation<sup>13</sup> 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes.

According to Article 34 of Universal Service Directive, MS shall ensure *transparent, simple and inexpensive* out-of-court procedures are available for dealing with unresolved disputes, involving consumers, relating to issues covered by the Directive. In order to fulfill these requirements MS shall adopt measures to ensure that such procedures enable to be settled *fairly and promptly*, also it is promoted to adopt a system of reimbursement and/or compensation. In addition to mentioned requirements MS shall ensure that their legislation does not hamper the establishment of complaints offices and the provision of on-line services at the appropriate territorial level to facilitate access to dispute resolution by consumers and other end-users<sup>14</sup>. In the following we are going to have a brief look at the implementation of out-of-court dispute resolution in some countries.

---

<sup>13</sup> **Official Journal of the European Communities**, L 115, 17.4.1998, p. 31; Europe's Information Society, Consumer Protection, [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecommm/todays\\_framework/consumer\\_protection/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/todays_framework/consumer_protection/index_en.htm), (retrieved 03.10.2009)

<sup>14</sup> Article 34, para. 2

#### **IV. 1. United Kingdom (UK)**

In the UK, Office of Communications (OFCOM) is the regulator for the UK communications industries, with responsibilities across television, radio, telecommunications and wireless communications services. Under the Communications Act 2003, principal duties of OFCOM is to further the interests of citizens and consumers in relation to communications matters<sup>15</sup>.

OFCOM is not responsible for regulating disputes between consumer and telecoms provider. If consumer is not satisfied with how his/her telecoms provider has handled his/her complaint, he/she is entitled to a free service to solve the dispute. This is normally through the Telecommunications Ombudsman -OTELO, or through CISAS - the Communications & Internet Services Adjudication Scheme.

In UK all companies must belong to an Alternative Dispute Resolution (ADR) scheme, if they don't, they are breaking important consumer protection rules. The ADR scheme acts as an independent middleman between the company and the customer. If the company's in the wrong, the ADR scheme can order the company to fix the problem and, if needed, pay compensation. Details of the company's ADR scheme are available from either on the back of phone bill, or company's customer services staff<sup>16</sup>.

ADR schemes are meant to supplement, not replace, a formal complaints process, so a consumer can apply to OTELO<sup>17</sup>, or CISAS<sup>18</sup> free and independent ADR schemes- if their service provider is a member of these dispute resolution offices. However, before applying to OTELO and CISAS:

-consumer should make every effort to complete service provider's complaints procedure,

-consumer should receive a 'deadlock letter'<sup>19</sup> or

<sup>15</sup> **Ofcom, Statutory Duties and Regulatory Principles**, <http://www.ofcom.org.uk/about/sdrp/>, (retrieved on 04.06.2009)

<sup>16</sup> **Ofcom, Problems with your mobile phone**, [http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/no\\_adr/](http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/no_adr/), (retrieved on 04.06.2009)

<sup>17</sup> Otelos is funded by its industry members, and approved as a dispute resolution service by the regulator (Ofcom), but its governance structure has been carefully designed to protect the independence of the Ombudsman. This was recognized early in 2003 when the Service was admitted to membership of the British and Irish Ombudsman Association.

<sup>18</sup> CISAS was established in 2003 as an independent dispute resolution service for communications providers and their customers.

<sup>19</sup> **Ofcom's advice on your next step**, [http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/adr\\_cmlnt/](http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/adr_cmlnt/), (retrieved on 04.06.2009)

## *Model Of ADR Mechanism For Turkey*

-12 weeks will have passed since the first complaint made to the service provider.

When these ADR offices receive signed complaint form and have checked everything is okay, they will begin to investigate consumer's complaint. This process can take up to six weeks from the date they receive the form<sup>20</sup>.

If a consumer has a complaint about the way the ADR scheme dealt with his/her complaint then he/she should make a formal complaint to the ADR using its own internal complaints procedure. OFCOM recommends consumers to follow this process before complaining to OFCOM.

### **IV. 2. Poland**

In Poland government regulatory body the Office of Telecommunications and Post Regulation (OTPR) has become a mediator within the area of communications (services, namely telephoning and cable TV and postal services). The OTPR operates as a mediator at the national level. During the course of mediation proceedings, the OTPR acquaints the service provider with the consumer claim, presents the provisions of law applicable to this case and possible proposals for a conciliatory settlement to the dispute by the parties<sup>21</sup>.

To enter a mediatory procedure a consumer is obliged to pay the fee of 5 PLN (approx. 1 Euro) for the claim and 0,50 PLN for each attached document. A claim should contain two important statements of complaint, namely<sup>22</sup>:

-consent for the future amicable settlement of dispute and indication of most satisfactory solution,

-confirmation internal complaint procedure of the service provider has been completed.

The President of the OTPR revokes a mediation proceeding if the case has not been settled in a conciliatory manner. The consumer is not bound by the mediator's settlement offer and they still retain the right to seek redress in court. Within the same area of communications services is the process of establishing the Court of Conciliation affiliated with the OTPR is nearing comp-

<sup>20</sup> **Contacting Otelo**, <http://www.otelo.org.uk/pages/39contactingotelo.php>, (retrieved on 04.06.2009)

<sup>21</sup> **Stanczak, Plotr**, Presentation of the ADR System in Poland, Promoting Alternative Dispute Resolution, Baltic Sea Seminar, Stockholm, 27<sup>th</sup> of May 2005, p. 18

<sup>22</sup> *Ibid.*

letion. The formation of the permanent consumer arbitration court is based on agreement on the foundation agreement concluded between the President of the OTPR and non-governmental organizations which represent consumers and entrepreneurs. The administrative costs for the functioning of arbitration courts are covered by the President of the OTPR<sup>23</sup>.

Also an e-commerce consumer complaint board project connected with European certification system Euro-Label based on the Code of practice is developing fast. This project is being developed with an assistance of the Office for Competition and Consumer Protection. In order to present the whole picture of Polish ADR system it is important to indicate the essential roles of NGOs, especially the Consumer Federation, as well as district and municipal consumer advocates. These institutions provide crucial assistance and guidance to individual consumers, also in cross-border cases<sup>24</sup>.

#### **IV. 3. Australia**

In Australia the Telecommunications Industry Ombudsman (TIO) is a free<sup>25</sup> and independent alternative dispute resolution scheme for small business and residential consumers who have a complaint about their telephone or internet service<sup>26</sup>. Established in 1993 under a Federal Act of Parliament, the TIO is independent of industry, the government and consumer organizations<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> **Consumer Policy Strategy**, Office of Competition and Consumer Protection, 2004-2006, Warsaw, July 2004.

<sup>25</sup> **Australian Communications and Media Authority**, Telecommunications Ombudsman Fact Sheet, [http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD..PC/pc=PC\\_1735](http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD..PC/pc=PC_1735), (retrieved on 04.25.2009)

<sup>26</sup> TIO has jurisdiction to investigate complaints about: The standard telephone service, mobile services, internet access, pay-phones, delays in telephone connections, printed and electronic white pages, fault repair, privacy, land access and breaches of the customer service guarantee and industry codes of practice. The TIO cannot handle complaints concerning: The setting of tariffs and charges, privately-owned telecommunications equipment, other than the rented handset supplied with a basic phone service and mobile handsets sold as a part of a bundled contract, cabling, except cabling up to the rented handset, business directories (however, the TIO does have an agreement with Yellow Pages that allows us to help resolve some complaints), matters of telecommunications policy, the 000 emergency service, anti-competitive behavior or restrictive business practices, the content of 'information services', eg. 900 numbers and internet content.

<sup>27</sup> **Telecommunications Industry Ombudsman**, [http://www.tio.com.au/about\\_tio.htm](http://www.tio.com.au/about_tio.htm), (retrieved on 04.24.2009)

### *Model Of Adr Mechanism For Turkey*

The TIO is governed by a Council and a Board of Directors, and is managed by an independent *Ombudsman* appointed by the Board on the recommendation of Council. The Council is comprised of five TIO member representatives and five consumer representatives, with an independent Chairman. While the Ombudsman has responsibility for the day to day operations of the scheme, the Council provides advice to the Ombudsman on policy and procedural matters.

The TIO is an industry-funded scheme, deriving its income solely from members who are charged fees for complaint resolution services provided by the TIO. Members consist of telecommunications carriers, telephone carriage providers and Internet Service Providers. A member is only charged complaint handling fees if the TIO receives a complaint from one of its customers. Therefore, the funding system acts as an incentive for members to keep TIO investigations to a minimum by developing and maintaining effective complaint handling and customer service procedures. In order to apply TIO scheme, complainant has to raise his/her complaint with the service provider first. Thus, the service provider should have reasonable opportunity to settle a complaint with a customer before the TIO will become involved. The TIO investigates complaints by considering the facts provided by both parties in a dispute. Complaints to the TIO can be made online or by phone, fax, email, in writing. The TIO's decisions are legally binding upon the telecommunications company up to the value of \$10,000, and Recommendations up to the value of \$50,000.

The TIO can only investigate a complaint if<sup>28</sup>:

- The consumer has given the service provider a reasonable opportunity to address the complaint;
- The complaint is made within 12 months of the consumer becoming aware of the circumstances surrounding the complaint. The time limit may be extended by a further 12 months in certain cases;
- Legal proceedings have not commenced;
- The complainant was resident in Australia at the time that the circumstances surrounding the event occurred;
- The complaint is made in good faith; and

---

<sup>28</sup> Ibid.

- The complaint type is within the TIO's jurisdiction (set out below)

The TIO may refer systemic problems, identified through complaint statistics, to the Australian Communications & Media Authority, Australian Competition and Consumer Commission, the Privacy Commissioner or other appropriate bodies<sup>29</sup>.

#### **IV. 4. United States (US)**

Jurisdiction over telecommunications in the United States is divided between the federal level and the states. Accordingly, regulation and the handling of customer complaints also take place at both the federal and state levels. When the carrier is a local telephone company or when the dispute consists of issues that do not extend outside of the state, state commission handles the dispute through mediation or formal or informal complaint proceedings. When the carrier is a long-distance telephone company or when the dispute consists of issues crossing state lines the Federal Communications Commission (FCC)'s Consumer and Governmental Affairs Bureau (CGB) handles the dispute through formal or informal complaint proceedings<sup>30</sup>. Thus, at the federal level, the CGB's Consumer Inquiries and Complaints Division within the FCC handles complaints.

The Consumer Inquiries and Complaints Division provides informal mediation and resolution of individual informal consumer inquiries and complaints consistent with controlling laws and FCC regulations, and in accordance with the Bureau's delegated authority. The Division receives, reviews and analyzes complaints and responses to informal consumer complaints; maintains manual and computerized files that provide for the tracking and maintenance of informal consumer inquiries and complaints; mediates and attempts to settle unresolved disputes in informal complaints as appropriate; and coordinates with other Bureaus and Offices to ensure that consumers are provided with accurate, up-to-date information<sup>31</sup>.

Consumers are invited to file complaints by e-mail, postal mail, fax, or telephone relating to<sup>32</sup>;

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> **International Trends in Telecom Business Dispute Settlements**, [http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/hunso/english/pdf/report\\_2\\_01.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/hunso/english/pdf/report_2_01.pdf), (retrieved on 04.02.2009)

<sup>31</sup> **Federal Communications Commission**, Consumer and Governmental Affairs Bureau, [http://www.fcc.gov/cgb/cgb\\_offices.html#CGB](http://www.fcc.gov/cgb/cgb_offices.html#CGB), (retrieved on 04.24.2009)

<sup>32</sup> Ibid.



### ***Model Of Adr Mechanism For Turkey***

- Dissability access to communications services an equipments,
- Junk fax
- Telemarketing, prerecorded messages and do-not-call,
- Wired telephone,
- Wireless telephone,
- Internet service and voip,
- Broadcast (TV and radio), cable, satellate issues,
- Tower light outages and signal interference

The CGB tries to resolve complaints on a consensual basis. If a solution is not reached, however, the FCC has full powers to issue orders and rule-making authority, over matters that fall within federal jurisdiction, provided tariffed services are involved. For other complaints, consumers must look elsewhere<sup>33</sup>.

### **V. SUGGESTED MODEL FOR TURKEY and CONCLUSION**

Information Technologies and Communication Authority (ICTA) is the competent body that is in charge of regulating the telecommunications industry in Turkey. One of the main competencies of the ICTA is to make necessary arrangements and supervisions pertaining to the rights of subscribers, users, consumers and end users. At the same time Electronic Communications Code<sup>34</sup> is a basic statute, which sets forth principles and procedures relating to the sector of telecommunications (electronic communications).

According to the article 50 of Electronic Communications Code (ECC) consumers are entitled to sign a contract with the operator who provides such services when subscribing to an electronic communications service. Among other issues subscription contracts have to cover the dispute settlement procedures in case of any conflict between the subscriber and the operator. Although there is a condition in the subscription contracts, operators still don't have internal dispute settlement and a dedicated division in ICTA that handles most of the complaints. But in the first hand, handling all the complaints creates a big burden on ICTA. On the other hand recourse to the courts is always possible but it is expensive and often unsatisfactory from a user perspective.

---

<sup>33</sup> Lawford, John, Telecommunications Ombudsman for Canada, November 2005, p. 37-38

<sup>34</sup> Electronic Communications Code was published on 5<sup>th</sup> November 2009.

In order to recommend a better option for Turkey, different models of ADR mechanisms used in telecommunications industry of some countries' were reviewed in this paper. The best solution for Turkey would be establishing a non-profit ombudsman office funded by participating service providers, and subject to general government guidelines that resemble in UK and Australia. All telecommunications service providers would be required to participate in this mechanism. In all other respects, it should be independent of both industry and government. The ombudsman should have jurisdiction over the services (e.g wire-line and wireless telecommunications, internet access, voice service, cable, satellite) provided by electronic communications operators where internal conflict resolution has been tried and failed, and where other administrative bodies do not have jurisdiction. The ombudsman should have discretion to refer a complaint to a regulator or the courts if in its judgment that is a more appropriate or convenient avenue to pursue.

Although above mentioned mechanism is better, given the current situation in Turkey, it is not easy to establish non-profit ADR scheme funded by participating service providers at the first place. As there are so many burdens on telecommunications operators, they are usually reluctant to individual consumer problems and they don't like the idea of funding an independent ADR scheme. Thus, if the funding is obtained not only from telecommunications operators but also from ICTA it would be easier to found an ombudsman office.

As a result to set an effective alternative dispute resolution mechanism in Turkey, cooperation between the regulator and the telecommunications operators should be encouraged initially. This cooperation for funding the ombudsman office will also ensure the independence of the ombudsman.

*Model Of Adr Mechanism For Turkey*

BIBLIOGRAPHY

- Attorney General's Report to the President on the Alternative Dispute Resolution (ADR) Working Group**, <http://www.usdoj.gov/adr/presi-report.htm>, (retrieved on 03.06.2009)
- Alva Orlando**, The Range of Dispute Resolution Mechanisms, [http://www.blaney.com/files/adr\\_range.pdf](http://www.blaney.com/files/adr_range.pdf), (retrieved on 03.25.2009)
- A. Leo Levin, Russell R. Wheeler**, The Pound Conference: Perspectives On Justice In the Future, West Publishing Co. St. Paul Minnesota, 1979
- Australian Communications and Media Authority**, Telecommunications Ombudsman Fact Sheet, [http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD..PC/pc=PC\\_1735](http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD..PC/pc=PC_1735), (retrieved on 04.25.2009)
- Babylon-Pro 5, English Dictionary
- Center for Democracy and Governance**, Alternative Dispute Resolution Practitioners' Guide, 1998.
- Consumer Policy Strategy**, Office of Competition and Consumer Protection, 2004-2006, Warsaw, July 2004.
- Contacting Otelo**, <http://www.otelo.org.uk/pages/39contactingotelo.php>, (retrieved on 04.06.2009)
- David B. Lipsky, Ronald L. Seeber, & Richard D. Fincher**, Emerging Systems for Managing Workplace Conflict, 2003.
- Electronic Communications Code, published on Turkish Official Journal dated 10 November 2008 and numbered 27050.
- Europe's Information Society, Consumer Protection**, [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecom/todays\\_framework/consumer\\_protection/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/todays_framework/consumer_protection/index_en.htm), (retrieved 03.10.2009)
- Federal Communications Commission**, Consumer and Governmental Affairs Bureau, [http://www.fcc.gov/cgb/cgb\\_offices.html#CGB](http://www.fcc.gov/cgb/cgb_offices.html#CGB), (retrieved on 04.24.2)
- Folberg, H. Jay and Rosenberg, Joshua D.**, Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis (1994). Stanford Law Review, Vol. 46, p. 1487, 1994.

**International Trends in Telecom Business Dispute Settlements**, [http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/hunso/english/pdf/report\\_2\\_01.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/hunso/english/pdf/report_2_01.pdf), (retrieved on 04.02.2009)

**Law Reform Commission**, Consultation paper Alternative Dispute Resolution, July 2008.

**Lawford, John**, Telecommunications Ombudsman for Canada, November 2005.

**Ofcom, Statutory Duties and Regulatory Principles**, <http://www.ofcom.org.uk/about/sdrp/>, (retrieved on 04.06.2009)

**Ofcom, Problems with your mobile phone**, [http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/no\\_adr/](http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/no_adr/), (retrieved on 04.06.2009)

**Ofcom's advice on your next step**, [http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/adr\\_cmlnt/](http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/adr_cmlnt/), (retrieved on 04.06.2009)

Official Journal of the European Communities, L 115, 17.4.1998.

**OECD Working Party on Telecommunication and Information Services Policies Report**, <http://www.oecd.org/dataoecd/56/11/35954786.pdf>, (retrieved 03.02.2009)

**Nancy D. Erbe**, Facilitative ADR's Global Popularity and Promise, *Bepress Legal Series*, year 2004, paper 205.

**Stanczak, Piotr**, Presentation of the ADR System in Poland, Promoting Alternative Dispute Resolution, *Baltic Sea Seminar*, Stockholm, 27<sup>th</sup> of May 2005.

**Telecommunications Industry Ombudsman**, [http://www.tio.com.au/about\\_tio.htm](http://www.tio.com.au/about_tio.htm), (retrieved on 04.24.2009)

# AKİT-DIŞI BORÇLARA UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN TÜZÜKTE (ROMA II) ÜRÜN SORUMLULUĞU

Feriha Bilge TANRIBİLİR\*

*Birlikte çalışmış olmaktan büyük mutluluk duyduğum, dürüst, samimi ve iyi yürekli değerli meslektaşım Doç. Dr. Mustafa Yıldız'ın aziz hatırasına...*

## **zet**

*Bu makalede Avrupa Birliğinin Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzüğünün rn sorumluluğuna dair bağlama kuralı ele alınmaktadır. Roma II Tüzüğünün 5/1 maddesi üç kademeli bağlama kuralıdır: zarar görenin mutad meskeni, ürünün iktisap edildiği yer ve zararın medyama geldiği yer. Her üç kademe de ürünün bu devlette pazara sürülmüş olması Şartıyla birlikte bulunmalıdır. Roma II Tüzüğünün 5/2 hükmünde bir istisna kuralı da kabul edilmiştir. Öte yandan bu madde ortak ikametgah hukukunun uygulanmasını öngören 4/2. maddede yer alan genel kuralın uygulanmasına engel olmamaktadır. Türk Milletlerarası zel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (5718) 36. maddesinde ürün sorumluluğuna ilişkin özel bir bağlama kuralı ihtiva etmektedir. Bu hükme göre davacı davalının mutad meskeni hukuku, davalının işyeri merkezi hukuku ile ürünün iktisap edildiği yer hukukundan birini seçebilir. Bu alıŐma Roma II Tüzüğü ile Türk hukukunda yer alan hükümlerini eleŐtiren bir yaklaşımla incelemeyi hedeflemektedir.*

*Anahtar Kelimeler* :Roma II, Roma II Tüzüğü, rn sorumluluğu, ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuk, akit dışı borçlar, Lahey SzleŐmesi.

## **PRODUCT LIABILITY IN THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS (ROME II)**

### **Abstract**

*This article reviews a connecting rule on the product liability of the European Union's Regulation on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). Article 5/1 of the Rome II Regulation is the cascade connections in three levels: habitual residence of person who sustains the damage, place of acquisition of product*

\* Do. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası zel Hukuk Anabilim Dalı Ğretim yesi.

NOT: Bu alıŐmada kullanılan internet kaynaklarına en son erişim tarihi 21 Şubat 2010'dur.

*and place where damage occurred. All three levels should be together another condition that the product was marketed in that country. It is accepted an escape clause under Article 5/2 of Rome II Regulation. Besides this article does not prevent to Article 4/2 which is general rule related to the common habitual residence. On the other hand Turkish Act of Private International Law and Procedure Law (5718) has a special connection rule on the product liability, Article 36. According to this provision it is chosen one of law of habitual residence or place of business of the person claimed to be liable, and the law of acquisition of product by the plaintiff. This study attempts a critical approach of the provisions of Rome II Regulation and Turkish Law.*

**Keywords:** *Rome II, product liability, the law applicable to product liability, non-contractual obligations, The Hague Convention.*

## **GİRİŞ**

Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük<sup>1</sup>, Avrupa Birliğinin Avrupa Parlamento ve Konseyinde 11 Haziran 2007 tarihinde kabul edilmiştir. Roma II Tüzüğü olarak adlandırılan Tüzük, 11 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu Tüzük, Avrupa Birliğine taraf devletlerde uluslararası özel hukukun uyumlaştırılması çalışmalarında önemli bir yer tutmaktadır<sup>2</sup>. Roma II Tüzüğü sadece akit dışı borçlardan doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin Avrupa Hukukunu uyumlaştırmayı değil, hukuki güvenliği de sağlamayı amaçlamaktadır. Avrupa Birliğine üye devletlerin konuya ilişkin bağlama kurallarındaki bazı farklılıklar, atfın kabulü veya reddi, kamu düzeni anlayışının kapsamı gibi hususlarda Avrupa hukukundaki farklılıklar nedeniyle hukuki güvenliğin sağlanması ihtiyacı hissedilmiştir<sup>3</sup>. Öte yandan bu düzenleme ile “*forum shopping*” uygulamaların önüne geçilmek de istenmektedir<sup>4</sup>. Avrupa Hukukunda akit dışı borçlardan doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin

<sup>1</sup> Tüzük metni için bkz. OJ 31.7.2007-L199, s. 40 vd.

<sup>2</sup> Haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin Avrupa Hukukunda yeknesaklaştırma ihtiyacı hakkında bkz. **Fröhlich**, C.W.: The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law, Hamburg 2008, s. 15-18.

<sup>3</sup> Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM (2003) 427 final, s. 5 vd. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003PC0427:EN:HTML>).

<sup>4</sup> Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicab-

## **Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)**

kuralların uyumlaştırılmasıyla yabancı mahkeme kararlarının karşılıklı olarak birlik içerisinde etkisini göstermesinin de temin edileceği ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

Tüzük kabul edilinceye kadar her yönüyle tartışılmış ve süreç içerisinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Tüzüğün ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen 5. maddesi de bu tartışmalardan nasibini almıştır. Tartışmalar sonucunda üzerinde uzlaşılan metin şu hükmü ihtiva etmektedir:

“Madde 5

### **Ürün Sorumluluğu**

1. 4(2). Madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, ürünün sebebiyet verdiği zarardan kaynaklanan akit-dışı borçlara uygulanacak hukuk,

(a) ürün, zararın meydana geldiği anda zarara uğrayan kişinin mutad meskeninin bulunduğu devlette piyasaya sürülmüşse bu devlet hukukudur; bulunmadığı takdirde

(b) ürün, edinildiği devlette piyasaya sürülmüşse bu devlet hukukudur; bulunmadığı takdirde

(c) ürün, zararın meydana geldiği devlette piyasaya sürülmüşse bu devlet hukukudur.

Bununla birlikte, (a), (b) ve (c) bentleri uyarınca hukuku uygulanacak devlette bu ürünün veya aynı tip bir ürünün piyasaya sürülmesi makul olarak öngörülemezse, zarar verenin mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanır.

2. Olayın bütün özellikleri dikkate alındığında haksız fiil 1. paragrafta belirtilenden başka bir devletle açıkça daha yakın irtibatlı ise, bu devlet hukuku uygulanır. Başka bir devletle açıkça daha yakın irtibat, ihtilaf konusu haksız fiil ile yakın irtibatlı olan bir sözleşme gibi taraflar arasındaki daha önceden mevcut olan belli bir ilişkiden kaynaklanabilir.”

Bu çalışmada Tüzükte getirilen kural, bu kuralın Ürün Sorumluluğuna İlişkin (1973) Lahey Sözleşmesi ve Türk MÖHUK ile karşılaştırılmasına yer verilecektir.

---

le to Non-Contractual Obligations (“Rome II”),COM (2003) 427 final, s. 6.

<sup>5</sup> Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”),COM (2003) 427 final, s. 7.

## I. TÜZÜĞÜN HAZIRLANMA SÜRECİ

Avrupa Birliği içerisinde akit dışı borçlara uygulanacak hukukun uyumlaştırılması işi, 1996 yılında gündeme alınmıştır. Komisyonda Mayıs 2002’de ilk tüzük taslağı hazırlanmıştır<sup>6</sup>. Bu taslağın 5. maddesinde ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuk, birden fazla bağlama noktasının bir arada mevcudiyetine göre tayin edilmekteydi. Anılan madde, zarar görenin mutad meskeni (veya işyeri merkezi) ile zarar verenin işyeri merkezinin aynı devlette bulunması veya zarar görenin mutad meskeninin (veya işyeri merkezinin) bulunduğu yer ile ürünün edinildiği yerin aynı devlette bulunmasına ihtimallerine göre uygulanacak hukuku belirlemiştir.

Komasyon, Tüzüğün hazırlık sürecinde birçok ilgili ve kurumdan görüş almıştır<sup>7</sup>. Ürün sorumluluğunun ayrı bir başlık altında ele alınması genel olarak olumlu karşılanmış, ayrıca bazı önerilerde de bulunulmuştur. Özellikle bu hükme bir istisna kuralın eklenmesi tavsiye edilmiştir. Bunun yanı sıra 1973 Lahey Sözleşmesinin Birlik tarafından kabul edilip edilmemesi hususu da gündeme gelmiştir.

Komasyon ilk Tüzük tasarısını Temmuz 2003’de hazırlamıştır<sup>8</sup>. Bu tasarının 4. maddesinde ürün sorumluluğu ele alınmış ve bu maddenin uygulanması bakımından genel kurala (m. 3(2)) ve istisna kuralına (m. 3(3)) göndermede bulunulmuştur<sup>9</sup>.

Avrupa Birliğinin yapısı gereği taslak (Roma II taslağı) Avrupa Parlamentosuna intikal ettirilmiştir. Avrupa Parlamentosu, Hukuk İşleri Komitesinin raporuyla birlikte taslağı ele alıp tartışmaya açmıştır. Ürün sorumluluğuna ilişkin düzenleme açıklık, öngörülebilirlik, yeknesaklık, ilgililerin menfaatini koruma ve istisna kuralının yokluğu halinde uygulanacak hukuk gibi hususlar bakımından tartışmalarda önemli bir yer tutmuştur. Özellikle istisna kuralının getirilmesi, Amerika Birleşik Devletleri Hukukunun Avrupa Hukukuna teşmi-

<sup>6</sup> Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM(2003) 427 final, s. 3-4.

<sup>7</sup> Bkz. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_ii/news\\_summary\\_rome2\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/news_summary_rome2_en.htm).

<sup>8</sup> Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM(2003) 427 final, s. 4.

<sup>9</sup> Tasarı için bkz. **Kadner Graziano**, T.: The law Applicable to product liability – The present state of the law in Europe and current proposals for reform, ICLQ, 54(2005), s. 475 vd.



## **Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)**

li olarak algılanmış ve bu nedenden dolayı ciddi eleştirilere konu olmuştur<sup>10</sup>. Komisyon tarafından da bir çok değişiklik önerisi verilmiş ve bunlar da bu süreçte tartışılmıştır<sup>11</sup>. Ürün sorumluluğu davalarının sulhle sonuçlanması için bu tür davalarda açıklık ve öngörülebilirliğin önemine işaret edilmiştir. Neticede ürün sorumluluğunun, genel kuraldan farklı olarak, özel bir hükümle düzenlenmesi ve aynı zamanda bir de istisna kuralına yer verilmesini de içeren metin (Roma II), 11 Temmuz 2007 tarihinde Parlamento ve Konsey’de kabul edilmiştir. Tüzüğün ürün sorumluluğunu düzenleyen hükmünün ilk hali ile kabul edildiği tarihteki metni arasında büyük farklılık bulunmaktadır. Hükmün ilk hali basit bir bağlama kuralı ile def’i ihtiva etmekteydi. Bu karşın yukarıda metni verilen son halinde bağlama konusu basamaklı bağlama kuralı ve def’i ile düzenlenmesinin yanı sıra bir de istisna kuralı getirilmiştir.

Roma II Tüzüğü kırk paragraflık “*recital*” olarak adlandırılan beyanlar ve yedi bölümden oluşmaktadır. Tüzüğün *recital* olarak anılan bu bölümünde Tüzüğü hazırlayanların görüşleri ve amaçları açıklanmaktadır. Tüzüğün ana başlıklarını kapsam, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk, hukuk seçimi ile ortak hükümler oluşturmaktadır.

### **II. TÜZÜĞE GÖRE ÜRÜN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI**

Tüzüğün 5. maddesi ürünün sebebiyet verdiği her türlü zarardan doğan sorumluluğu kapsamaktadır. Burada sorumluluğun türü üzerinde durulmamıştır. Ürünün sebebiyet verdiği zarardan doğan sorumluluk, kusursuz sorumluluk da olabilir, kusur sorumluluğu da olabilir<sup>12</sup>.

Tüzükte “ürün” kavramı tanımlanmamıştır. Bununla birlikte Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Üye Devletlerin Kanunlarının, Tüzüklerinin ve İdari Hükümlerinin Yakınlaştırılmasına Dair 85/374 Sayılı Direktif<sup>13</sup>’in 2.

<sup>10</sup> Farklı görüşler için bkz. **Posch**, W.: The “Draft Regulation Rome II” in 2004: Its past and future perspectives, *Yearbook of Private International Law*, 6(2004), s. 129 vd.; **Symeonides**, S.C.: Tort Conflicts and Rome II: A view from across, *Festschrift für Erik Jayme* (ed. Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann), C.1, Münih 2004, s. 935 vd.

<sup>11</sup> Bkz. Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Law Applicable To Non-Contractual Obligations (“ROME II”), [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/doc/com\\_2006\\_83\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/com_2006_83_en.pdf).

<sup>12</sup> Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM(2003) 427 final, s. 13 ve Tüzük, *recital* (11).

<sup>13</sup> OJ 7.8.1985-L 210, s. 29 vd. ve değişiklik Direktifi için bkz. OJ 4.6.1999-L 141, s. 20 vd. Direktif hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tarıbıllı**, F.B.: Milletlerarası Özel Hukukta Ürün

maddesinde “ürün” kavramı tanımlanmıştır. Bu nedenle Tüzükte ayrıca bu konuya değinilmemiştir. Direktif son derece geniş anlamda ürün kavramını ele almaktadır. Bu kavrama sadece işlenmiş değil işlenmemiş zirai ürünler, gaz, kan gibi her türlü taşınır mal dâhil edilmiştir.

Öte yandan Tüzük 5. maddesinde “zarar gören” kavramını, örneğin sadece tüketiciler şeklinde bir sınırlamaya tabi tutmamıştır. Zarar gören kavramına, ürün dolayısıyla zarar gören herkes dâhildir. Aynı şekilde “zarar veren” kişi kavramı da sınırlandırılmamış; bu konuda da Direktifin 3. maddesine atıfta bulunulmuştur. Anılan maddede sadece nihai ürünü imal eden kişiler değil, ham maddeyi üretenler, tamamlayıcı parçanın yapımcıları, bir ürünün üzerine kendi ismini, ticari markasını koyarak kendi malı gibi piyasaya sürenler, ithalatçılar ve ürünü tedarik edenler de zarar veren kişi kavramına dâhil edilmiştir. Direktifte bu kişiler arasındaki rücu ilişkisi düzenlenmemiş, bu husus üye devletlerin maddi hukuklarına bırakılmıştır.

### **III. TÜZÜĞE GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ**

Roma II Tüzüğü'nün 5. maddesi esas itibariyle yabancı unsurlu ürün sorumluluğu davalarında uygulanacak hukuku belirlemektedir. Ancak ürün sorumluluğuna ilişkin olarak uygulanacak hukuku düzenleyen bağlama kuralı tek başına meseleyi düzenlemekte, Tüzüğü'nün diğer hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Tüzüğü'nün 5. maddesinde açıkça 4/2. madde hükmünün uygulanması saklı tutulmuştur. Tüzüğü'nün 4. maddesi haksız fiillere uygulanacak genel kuralı ihtiva etmektedir. Anılan hükme göre haksız fiiller hakkında haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku uygulanmalıdır (m. 4/1)<sup>14</sup>. Ancak yine aynı maddede göre zarar gören ile zarar verenin mutad meskenleri aynı devlette bulunuyorsa, müşterek mutad mesken hukuku haksız fiile uygulanmalıdır (m. 4/2). Ayrıca aynı madde bu iki bağlamanın yanı sıra istisna kuralına da yer vermiş, davanın bir başka devletle daha yakın irtibatlı olması halinde bu yer huku-

---

Sorumluluğu, (ürün sorumluluğu), Ankara 2004, s. 44 vd.

<sup>14</sup> Roma II Tüzüğü bakımından haksız fiilin meydana geldiği yer mi yoksa zararlı sonucun meydana geldiği yer bağlama noktasının mı kabul edildiği konusundaki açıklamalar için bkz. **Hay, P.**: Contemporary approaches to non-conctual obligations in private international law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation, *Chines Yearbook of Private International Law and Comperative Law*, 2008, s. 38 vd.; **Symeonides, S.C.**: Rome II and tort conflicts: A missed opportunity, *Am. J. Comp. L.*, 173(2008), s. 186 vd.

## **Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)**

kunun uygulanmasını öngörmüştür (m. 4/3). Dolayısıyla Tüzüğün 4/2. maddesinde yer alan kural, ürün sorumluluğuna ilişkin kurala nazaran öncelikle uygulanacaktır. Ancak ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen madde ile genel kural karşılaştırıldığında 4. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan istisna bağlama kuralının 5. maddenin ikinci fıkrasında tekrar edilmiş olduğu görülmektedir.

Öte yandan Tüzüğün hukuk seçimini düzenleyen dördüncü bölümünde ilgililere akit dışı borçlara uygulanacak hukuku belirleme yetkisi verilmiştir (m. 14). Tüzüğün hukuk seçimini düzenleyen 14. maddesi de genel kurala göre öncelikle uygulanma kabiliyetini haizdir.

Tüzüğün 5. maddesinde getirilen özel bağlama kuralında iki husus dikkati çekmektedir. Anılan hüküm, zarar verenin lehine öngörülebilirlik savunması ile desteklenmekte ve basamaklı bağlama kurallarından oluşmaktadır. Bu iki hususun önemine Tüzük recital 20’de değinilmiştir. Tüzük recital 20’de ürün sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilâfı hukuku meselelerinde modern ileri teknoloji toplumunun yapısından kaynaklanan tehlikelerin adil bir şekilde dağılımı, tüketicinin sağlığını korumak, yeniliklerin teşvik edilmesi, rekabetin düzenlenmesi ve ticaretin kolaylaştırılması hedeflerine ulaşmanın amaçlandığı ifade edilmiştir. Öngörülebilirlik şartıyla birlikte basamaklı bağlama kuralının kabul edilmesi bu hedeflere ulaşma bakımından dengeli bir çözüm olarak kabul edilmiştir. İlk basamakta, ürünün bu devlette piyasaya sürülmüş olması şartıyla zararın meydana geldiği anda zarara uğrayan kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Diğer basamaklar ise daha sonra sırasıyla araştırılmalıdır.

Tüzük, ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuku şöyle belirlemektedir:

1. Seçilen hukukun uygulanması (m. 14),
2. Müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması (m. 4/2 ve 5/1),
3. Zarar görenin mutad meskeni hukukunun ürünün bu yerde piyasaya sürülmüş olması (m. 5/1, (a)) ve yapımcının bu durumu öngörebilir olması şartlarıyla uygulanması (m. 5/1),
4. Ürünün iktisap edildiği yer hukukunun ürünün bu yerde piyasaya sürülmüş olması (m. 5/1, (b)) ve yapımcının bu durumu öngörebilir olması şartlarıyla uygulanması (m. 5/1),
5. Zararın meydana geldiği yer hukukunun ürünün bu yerde piyasaya

sürülmüş olması (m. 5/1, (c)) ve yapımcının bu durumu öngörebilir olması şartlarıyla uygulanması (m. 5/1),

6. Herhalde başka bir devletle yakın irtibatın bulunması halinde bu yer hukukunun uygulanması (m. 5/2 ve 4/3).

Tüzük, düzenleme konusuna giren hususlara ilişkin olarak ortak hükümleri ayrı bir başlık altında, Beşinci Bölümde, toplamıştır (m. 15-22). Uygulanacak hukukun kapsamı, doğrudan uygulanan kuralların etkisi, sigorta, ispat yükü gibi muhtelif hususlar bu bölümde yer almaktadır. Tüzüğün 16. maddesi uyarınca, ürün sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk Tüzüğe göre belirlenmekle beraber, bu durum hâkimin hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına engel olmayacaktır. Üye devletler Tüzük hükümleri ile belirlenen hukuku uygulamakla yükümlü tutulmuş, fakat hâkimin kamu düzeniyle açıkça bağdaşmayan yabancı hukuk kurallarının uygulanmasının reddedilebileceği de hükme bağlanmıştır (m. 26).

Beşinci Bölümde yer alan bir husus da güvenlik ve davranış kuralları ile ilgilidir. Tüzüğün 17. maddesinde düzenlenen bu hükmünde davalının davranışının değerlendirilmesinde, dava konusu fiilin meydana geldiği tarihte ve yerde kabul edilen güvenlik ve davranış kurallarının mümkün olduğunca dikkate alınması gereğine de işaret edilmiştir<sup>15</sup>.

Tüzükte atıf reddedilmiştir. Buna göre Tüzükte yer alan bağlama kurallarıyla belirlenen devletin hukukunun uygulanması ile bu devletin maddi hukuk kurallarının kastedildiği kabul edilmiştir (m. 24).

#### **IV. ÜRÜN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BAĞLAMA KURALI**

Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük, ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuku basamaklı bir bağlama kuralı ve kümülatif bağlama noktalarıyla tespit etmiştir. Bu başlık altında Tüzüğün bütünü nazara alınarak altı kademede uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktaları ele alınacaktır.

##### **A. Hukuk Seçimi**

Tüzüğün 14. maddesinde akit dışı borç ilişkisinin taraflarına, uygulanacak hukuku belirleme yetkisi tanınmıştır<sup>16</sup>. Taraflar haksız fiil meydana gel-

<sup>15</sup> Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Law Applicable To Non-Contractual Obligations ("ROME II"), COM (2006) 83 final, s. 4.

<sup>16</sup> **De Boer**, Th.M.: Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation, Yearbook

## Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)

dikten sonra (*ex post choice of law*) ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilirler (m. 14/1, (a)). Ancak taraflar arasında mevcut bir akdi ilişki varsa bu akitte, aralarında meydana gelebilecek haksız fiillere uygulanacak hukuku, fiil meydana gelmeden önce de (*ex ante choice of law*) belirleyebilirler (m. 14/1, (b))<sup>17</sup>. Tüzükte tarafların diledikleri hukuku seçme serbestisine sınır getirilmiştir. Akit dışı borç ilişkisinin tarafları, hukuk seçiminde bulunarak zarar verici fiilin meydana geldiği devletin emredici kurallarından<sup>18</sup> kurtulamazlar. Başka bir ifade ile tarafların herhangi bir devletin hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olmaları, fiilin meydana geldiği devletle olan irtibatını sona erdirmez ve bu hukukun uygulanmasına engel olmaz<sup>19</sup>.

### B. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Tarafların akit dışı borç ilişkisinden doğan ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmamaları halinde objektif bağlama noktalarına göre belirlenen devlet hukukunun olayda uygulanması kabul edilmiştir.

Tüzük ürün sorumluluğunu düzenleyen m. 5/1 hükmünde açıkça genel kuralı düzenleyen 4. madde hükmü saklı tutulmuştur. Tüzük m. 4 uyarınca akit dışı borç ilişkisinin tarafları zarar gören ve zarar veren aynı devlette mutad mesken sahibi iseler bu yer hukuku olayda uygulanmalıdır.

Görüldüğü üzere Tüzük, “tarafların müşterek mutad meskeni” bağlama noktasına özel bir önem vermiş ve özel kurallara nazaran öncelikle uygulanmasını öngörmüştür. İşin mahiyeti icabı, müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasında, ürünün burada piyasaya sürülmüş olması veya öngörülebilirlik şartları dikkate alınmaz.

---

of Private International Law, 9(2007), s. 19 vd.

<sup>17</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fröhlich, s. 28 vd.; Stone, P.: The Rome II Regulation on choice of law in tort, Ankara Law Review, 4(Winter 2007), s. 115 vd.

<sup>18</sup> Roma II Tüzüğü'nün 14/2. maddesinde belirtilmemekle beraber, Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında bu emredici kuralların Tüzüğü'nün 16. maddesinde düzenlenen kurallardan farklı olduğu ifade edilmiştir. Tüzüğü'nün 16. maddesinde düzenlenen emredici kurallar, kanunlar ihtilâfi hukukunda geçen doğrudan uygulanan kurallardır. Buna karşılık hukuk seçimini sınırlandıran kurallar, iç hukukta yer alan emredici kurallardır. Bkz. Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM (2003) 427 final, s. 22-23.

<sup>19</sup> Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM (2003) 427 final, s. 22.

### **C. Tüzük m. 5/1 Hükümünde Yer Alan Bağlama Kuralı**

Tarafların akit dışı borç ilişkisinden doğan ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmamaları ve zarar görenle zarar verenin farklı devletlerde mutad mesken sahibi olmaları halinde artık, ürün sorumluluğundan doğan borçlara uygulanacak hukuku düzenleyen Tüzük m. 5/1 hükmü uygulanabilecektir. Daha önce de belirtildiği üzere Tüzük m. 5/1 hükmü üç kademe- li bir bağlama kuralı ihtiva etmektedir. Bu kademelerde yer alan her bir bağla- ma noktası ortak bir bağlama noktası ile kümülatif olarak kullanılacaktır. Tü- zük m. 5/1 hükmü her üç basamakta da kullanılabilir ortak bir başka bağ- lama noktasını da içermektedir. Bu nedenle önce her bir kademede bulunan bağlama noktaları incelenecek, daha sonra da bu ortak şartlara değinilecektir.

#### **1. Basamaklar**

##### **a) Zarar Görenin Mutad Meskeni**

Tüzük m. 5/1, (a) hükmünde, yani ilk kademede zarar görenin mutad meskeni bulunmaktadır. Zarar görenin mutad meskeni hukuku diğer ortak şartlarla birlikte ise somut olayda uygulanır.

Mutad mesken kavramına ilişkin olarak Tüzük m. 23’de özel bir hüküm getirilmiştir. Anılan hükme göre şirketlerle benzeri yapıların mutad meskeni, onların idare merkezlerinin bulunduğu yerdir (m. 23/1). Kendi ticari faaliyet- lerini sürdüren gerçek kişilerin mutad meskeni ise, onların işyeri merkezine göre belirlenecektir (m. 23/2).

##### **b) İktisap Mahalli**

Zarar görenin mutad meskenine ilişkin kademenin uygulanmadığı hal- lerde ikinci kademeye göre uygulanacak hukuk tespit edilir. Tüzük m. 5/1, (b) hükmünde bu halde ürünün iktisap edildiği yer hukuku (diğer ortak şart- larla birlikte) uygulanacaktır. “Ürünün iktisap edildiği yer” bağlama noktası diğer bağlama noktalarına nazaran daha basit bir bağlama noktası olarak ka- bul edilmektedir<sup>20</sup>. Bu bağlama noktasının uygulanmasında zarar görenin bu ürünü sorumluluğu iddia edilen kişiden doğrudan satın almış olması (ilk alı- cı) veya ilk alıcı olarak ürünü iktisap etmiş olan kişiden edinmiş olması ara- sında bir ayırım yapılmamıştır. Ancak ikinci halde istisna kuralına başvurul- ması mümkündür<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Bkz. **Huber, P./Illmer, M.**: A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, 9(2007), s. 41.

<sup>21</sup> Stone, s. 122; **Illmer, M.**: The New European Private International Law of Product Liabi-

## **Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)**

### **c) Zararın Meydana Geldiği Yer**

İlk iki kademedeki bağlama noktaları mevcut olmadığı takdirde Tüzük m. 5/1, (c) uyarınca zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Bilindiği üzere Tüzük m. 4/1 hükmü, genel olarak, akit dışı borç ilişkilerine zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Ürün sorumluluğu uyuşmazlıkları bakımından zararın meydana geldiği yer bağlama noktası ancak son kademede kullanılabilir.

## **2. Ortak Şartlar**

### **a) Piyasaya Sürülme Şartı**

Tüzük m. 5/1 hükmünde her bir kademede yer alan bağlama noktalarının aynı zamanda “ürünün bu yerde piyasaya sürülmüş olması”<sup>22</sup> şartıyla uygulanması kabul edilmiştir (m. 5/1, (a), (b) ve (c)).

Zarar gören kişinin lehine getirilen muhtelif bağlama noktalarının piyasa şartları içerisinde sorumluluğu söz konusu olabilecek kişi için de öngörülebilir olmasına ihtiyaç vardır. İşte bu nedenle, böylesi bir kümülatif düzenleme ile zarar gören ile davalının menfaatleri arasında makul bir denge sağlamak amaçlanmaktadır.

Ürünün piyasaya sürülmüş olması şartının uygulanması bakımından, ürünün bizzat davalı tarafından piyasaya sürülmüş olması gerekli değildir. Dolayısıyla davalı, ürünün dağıtıcı veya perakendeci tarafından piyasaya sürüldüğü yolunda bir savunma ileri süremez<sup>23</sup>. Ürünün piyasaya sürülmesi, ürünün dağıtıldığı, satışa çıkarıldığı, kiralandığı veya diğer yollarla kullanıcılara sunulduğu her devlette söz konusu olabilir<sup>24</sup>. Bu durumda internet üzerinden yapılan satışlarla ürünlerin, dünyanın birçok yerine ulaşması mümkündür. Ancak bu ihtimalde zarardan sorumluluğu söz konusu olabilecek kişiler satım sözleşmesine özel bir hüküm koyabilir<sup>25</sup>. Böylesi bir sınırlama ile davalının ürününü hangi devlet piyasalarına sürmeyi öngördüğünü göstermesi bakımından önemlidir (m. 5/1,2. c). Zarara yol açan ürünün piyasaya sürüldüğü yer bağlama noktası Tüzüğün 5/1. maddesinde sayılan üç hal için ele alındığında bir husus dikkati çekmektedir. Zarara yol açan ürün birden fazla dev-

lity – Steering Through Troubled Waters, RabelsZ Bd. 73 (2009), s. 287.

<sup>22</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Illmer, s. 290 vd.

<sup>23</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Huber/Illmer, s. 41-42.

<sup>24</sup> Stone, s. 122; Illmer, s. 291.

<sup>25</sup> Örneğin “bu ürün sadece Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada’da arz edilecektir”.



lette piyasaya sürülmüş olabilir. Önemli olan zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu devlette (a bendi) veya ürünün iktisap edildiği (b bendi) yahut zararın meydana geldiği (c bendi) devlette de o ürünün piyasaya sürülmüş olmasıdır. Bu durumda zarar gören malı, mutad meskeninin dışında bir başka devlette iktisap etmiş olabilir veya zarar iktisap edinilen devletten başka bir devlette meydana gelmiş olabilir. Bu ihtimallerde ürün hem iktisap edinilen hem de mutad mesken veya zararın meydana geldiği devlette piyasaya sürülmüş olmalıdır. Aksi halde Tüzük m. 5/1 hükmünde yer alan bağlama kuralı uygulanma kabiliyetini kaybeder.

Tüzük m. 5/1 hükmünün uygulanması bakımından kümülatif şartlarla bağlama kuralları getirildiğine göre, bu şartlardan hiç birinin de gerçekleşmemesi halinde hangi hukukun uygulanacağı metinde belirtilmemiştir. Her üç basamakta da “piyasaya sürülen ürün şartı” gerçekleşmediği halde istisna bağlama kuralının olayda tatbiki mümkündür.

### **b) Öngörülebilir olma def'inin ileri sürülmemiş olması**

Tüzük m. 5/1 hükmünün ikinci cümlesine göre, davalı, her üç kademe de hukuku uygulanacak devlette bir ürünün veya aynı tipte bir ürünün piyasaya sürüldüğünü makul olarak öngörmediği takdirde kendisinin (davalının) mutad meskeni hukuku uyuşmazlığa uygulanacaktır. Görüldüğü üzere bu hüküm davalıya bir def'i ileri sürme imkânı vermekte ve bu sayede kendi mutad meskeni hukukuna göre uyuşmazlığın çözülmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla ancak davalının bu def'i ileri sürmediği hallerde m. 5/1 hükmün basamaklı bağlama kuralı uygulanabilecektir<sup>26</sup>.

Tüzük m. 5/1 hükmünün ikinci cümlesinde piyasaya sürülen “belli bir ürün” veya “aynı tipte bir üründen” söz edilmektedir. Tüzüğün hazırlık metinlerinde neden böyle bir ifade kullanıldığına dair açıklığa rastlanılmamaktadır. Bir görüş, bunun bir ifade tarzı olduğunu belirtmektedir<sup>27</sup>. Ancak ürünün sadece, maddede sayılan her üç basamakta bulunan devletlerde piyasaya sürülen belli bir ürün olarak kabulü halinde bu basamaklı bağlama kuralının uygulanma kabiliyetinin kalmayacağı ifade edilmiştir. Zira bu durumda sadece ürünün iktisap edildiği yer basamağı, bağlama kuralı olarak kullanılacaktır<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. Illmer, s. 298 vd.

<sup>27</sup> Von Hein, J.: Something old and something borrowed, but nothing new? Rome II and the European choice-of-law evolution, Tul. L. Rev. 82(2007-2008), s. 1697-1698.

<sup>28</sup> Illmer, 293. Hükümde geçen aynı tip ürün ifadesi aslında davalının savunmasına zayıflatıcıdır. Zira davalı zarar görenin mutaden oturduğu veya ürünü edindiği yahut zararın meydana



## Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)

Bu nedenle aynı türden bir ürün ile özellikleri itibarıyla zarara yol açan ürüne benzeyen ürünlerin kastedildiği kabul edilmektedir.

Öte yandan yapımcı (ve diğer davalılar) ürünün hangi devletlerin piyasasına girmesini istemediğini açıkça ambalaja veya sözleşmeye yazabilir<sup>29</sup>. Bu halde yapımcının adı geçen piyasalarda ürününün piyasaya sürülmesini makul olarak öngörmediği açıktır.

### D. İstisna Kuralı

Tüzük m. 5/2, objektif bağlama kuralının katılığını giderecek bir istisna hükmü (*escape clause*) ihtiva etmektedir. Anılan hükme göre somut uyuşmazlık zarar görenin mutad meskeni veya zararın meydana geldiği yahut ürünün iktisap edildiği yerin dışında başka bir devletle daha yakın irtibatlıysa bu devlet hukukunun uygulanmalıdır. Başka bir devletle açıkça daha yakın irtibat, ihtilaf konusu haksız fiil ile yakın irtibatlı olan bir sözleşme gibi taraflar arasındaki daha önceden mevcut olan belli bir ilişkiden kaynaklanabilir. Bu halde sözleşme ve haksız fiile aynı devlet hukuku uygulanır. Tüzüğün bu istisna hükmü yapımcı ve diğer davalılarla herhangi bir sözleşmesel ilişkisi olmayan ama üründen zarar gören kişiler (*bystanders*) bakımından da uygulanma kabiliyetini haizdir.

## IV. TÜZÜĞÜN BENZER KONULARDA HAZIRLANAN BİRLİK HUKUKU VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERLE İLİŞKİSİ

Tüzük, düzenleme konusu olan akit dışı borçlara uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralları hakkında Avrupa Birliği içerisinde getirilen kuralların uygulanmasına engel değildir (m. 27). Tüzükte bu konuya ilişkin olarak bazı örnekler verilmiştir<sup>30</sup>. Bunlardan birisi de elektronik ticarete ilişkin direktiftir<sup>31</sup>. Anılan Direktifin m. 3/1 ve 2 hükümleri Roma II Tüzüğü'nün ürün sorumluluğuna ilişkin hükmünün uygulanmasına engel olacaktır.

Roma II Tüzüğü aynı zamanda bu Tüzüğün düzenleme konusuna gi-

---

na geldiği devlet piyasasına sadece belli bir ürünü değil, aynı zamanda aynı türden başka bir ürünü de sürmediğini ispat etmekle yükümlüdür. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Huber/Illmer, s. 42 ve 44; Kadner Grazioano, s. 485.

<sup>29</sup> Örneğin “Bu ürün Amerika Birleşik Devletlerinde ve Kanada’da satılmayacaktır”.

<sup>30</sup> Bkz. Tüzük, recital 35. Bu çalışmada Avrupa Birliği Hukukundan ziyade bu hukuk düzeninde belli bir konudaki kanunlar ihtilafı hukukundaki gelişmeler ele alındığı için Tüzüğün Roma I Tüzüğü, Brüksel I Tüzüğü ve Elektronik Ticaret Tüzüğü ile ilişkileri ayrıca incelenmemiştir. Bu konuda bilgi için bkz. Illmer, s. 305-311.

<sup>31</sup> OJ 17.7.2000- L 178, s. 1 vd.

ren hususlarda üye devletlerin taraf buldukları uluslararası sözleşmelerin uygulanmasına da mani değildir (m. 28)<sup>32</sup>. Ürün sorumluluğu uyuşmazlıklarında kullanılacak bağlama kurallarını ihtiva eden bir uluslararası sözleşme mevcuttur: Ürün Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi<sup>33</sup> (1973). Bu Lahey Sözleşmesine on bir Avrupa devleti taraf olmuştur<sup>34</sup>. Tüzüğün hazırlık çalışmaları sırasında Lahey Sözleşmesi hükümleriyle paralelliğin sağlanması gündeme gelmiştir. Ancak Lahey Sözleşmesi ile getirilen bağlama kurallarının çok karmaşık olması nedeniyle bu düşünceden vazgeçilmiştir. Dolayısıyla günümüzde Avrupa Birliği hukukunda ürün sorumluluğu konusunda iki tür kanunlar ihtilâfi kuralı yürürlüktedir. Sözleşmeye taraf olan devletlerde Lahey Sözleşmesi uyarınca uygulanacak hukuk belirlenirken diğer üye devletlerde Roma II Tüzüğü uyarınca yetkili hukuk tespit edilecektir. Her iki düzenleme de bağlama kurallarıyla gösterilen devlet hukukunun Sözleşmeye taraf olmayan (m. 11) veya Birlik üyesi olmayan bir devlette (m. 3) ait olsa da uygulanmasını öngörmektedir. Birlik kanunlar ihtilâfi kurallarını uyumlaştırma amacının belirtilen hallerde büyük ölçüde sekteye uğrayacağı açıktır.

Lahey Sözleşmesinde ürün sorumluluğu uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk şöyle tespit edilmiştir: 1. Aşama, zararın meydana geldiği yer hukuku (m. 4)<sup>35</sup>; 2. aşama, zarar görenin mutad meskeni hukuku (m. 5)<sup>36</sup>; 3. aşama, da-

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Garriga, G.**: Relationships between “Rome II” and other international instruments, A commentary on Article 28 of the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, 9(2007), s. 137 vd.

<sup>33</sup> Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. [www.hccc.net/e/conventions/text](http://www.hccc.net/e/conventions/text). Sözleşme hakkında bkz. Tanrıbilir, ürün sorumluluğu, s. 93 vd.

<sup>34</sup> Şu anda Sözleşmeyi Hırvatistan (1977), Finlandiya (1992), Fransa (1977), Karadağ (1977), Lüksemburg (1985), Hollanda (1979), Norveç (1977), Sırbistan (1977), Slovenya (1977), İspanya (1989) ve Makedonya (1977) imzalayıp onaylanmışlardır. Belçika, İtalya ve Portekiz sözleşmeyi imzalamakla birlikte henüz onaylamamışlardır. Sözleşmeyi imzalayan ve taraf olan devletlerin listesi için bkz. [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=84#mem](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=84#mem).

<sup>35</sup> Lahey Sözleşmesinin 4. maddesine göre, “Zarar yeri hukuku aynı zamanda

- a) zarardan doğrudan etkilenen kişinin mutad meskeni bulunduğu yer ise, veya
- b) sorumluluğu iddia edilen kişinin işyeri merkezinin bulunduğu yer ise, yahut
- c) zarardan doğrudan etkilenen kişinin ürünü edindiği yer ise bu yerin iç hukuku uygulanır.”

<sup>36</sup> Lahey Sözleşmesinin 5. maddesine göre, “Zarardan doğrudan etkilenen kişinin mutad meskeni aynı zamanda,

- a) sorumluluğu iddia edilen kişinin işyeri merkezinin bulunduğu yer ise, veya
  - b) zarardan doğrudan etkilenen kişinin ürünü edindiği yer ise,
4. madde hükmü dikkate alınmaksızın, bu devletin iç hukuku uygulanır.”

## *Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)*

valının işyeri merkezinin bulunduğu yer hukuku (m. 6)<sup>37</sup>. Ayrıca davalıya ürünün zarar yeri devleti veya davacının mutad meskeni devleti piyasasına girmesini öngörmediğini yolunda def'i ileri sürme imkânı tanınmıştır (m. 7)<sup>38</sup>.

### **V. ROMA II TÜZÜĞÜ İLE TÜRK HUKUKUNUN ÜRÜN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BAĞLAMA KURALLARININ KARŞILAŞTIRILMASI**

Roma II Tüzüğü'nün ürün sorumluluğuna ilişkin olarak getirdiği bağlama kuralının zarar gören ile davalının menfaatleri arasında makul bir denge sağlama amacıyla düzenlendiği görülmektedir. Bunun yanı sıra Roma II Tüzüğü'nde, Lahey Sözleşmesi kadar olmasa da, karmaşık bir bağlama kuralı bulunmaktadır. Ancak Tüzüğü'nün tamamı ve ürün sorumluluğuna ilişkin uyumsuzlukların çeşitliliği ve karmaşıklığı göz önüne alındığında aslında yasama tekniği açısından oldukça doyurucu bir kuralın getirildiği söylenebilir. Zira Tüzüğü'nün bütünü ve tek başına ürün sorumluluğu bağlama kuralının düzenlenişiyle mümkün olduğunca kural boşluklarının önüne geçerek öngörülebilirlik ve hukuki kesinliği sağladığı da görülmektedir.

Türk hukukunda ürün sorumluluğu 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun<sup>39</sup> 36. maddesinde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 36, İsviçre MÖHK'ndan esinlenerek hazırlanmıştır<sup>40</sup>. Anılan hükme göre "*İmal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hu-*

<sup>37</sup> Ürün sorumluluğuna uygulanacak hukukun 4 ve 5. maddelere göre belirlenememesi halinde nasıl belirleneceği 6. maddede düzenlenmiştir. "*4 ve 5. maddelerin uygulanmadığı hallerde, yetkili hukuk, davacı iddiasını zarar yeri devletinin iç hukukuna dayandırmadığı sürece, sorumluluğu iddia edilen kişinin işyeri merkezinin bulunduğu devletin iç hukukudur.*"

<sup>38</sup> Sözleşmenin 7. maddesi, 4, 5 ve 6. maddelere göre yetkili olan zarar yeri devletinin hukuku veya zarardan doğrudan etkilenen kişinin mutad meskeni devletinin hukukunun hangi halde uygulanmayacağını düzenlemektedir. Eğer davalı belirtilen devletlere ürünün girişini öngörmemişse bu devletlerin hukuku uygulanmayacaktır. Bununla beraber, bu halde hangi hukukun uygulanacağı maddede belirtilmemiştir. Ancak zarar yeri veya davacının mutad meskeni hukukunun uygulanamaması halinde, 6. maddeye başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla uyumsuzluğa davalının işyeri merkezi hukuku uygulanacaktır. **Reese, WLM.:** Explanatory Report, Convention on the Law Applicable to Products Liability, Lahey 1974, s. 264.

<sup>39</sup> RG 12.12.2007-26728.

<sup>40</sup> **Tekinalp, G.:** Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 10. B., İstanbul 2009, s. 448-449; **Nomer, E/Şanlı, C.:** Devletler Hususî Hukuku, 17. B., İstanbul 2009, s. 351; **Doğan, V.:** Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 331.

*kukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir”.*

Görüldüğü üzere İsviçre ve Türk hukukunda, Lahey Sözleşmesi ve Roma II Tüzüğüne olduğu gibi basamaklı bir bağlama kuralı getirilmemiştir. Bunun yerine, davacıya sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Bir kanun koyucunun bağlama kuralını “hukuk seçimi esasında” veya “basamaklı bağlama kuralı şeklinde” tanzim etmesi bir siyasi tercih konusudur. Türkiye tercihi ni sınırlı hukuk seçimi yönünde kullanmıştır.

Türk hukukunda da davacı ile davalının menfaatleri arasında bir denge kurulma çabası dikkati çekmektedir. MÖHUK m. 36 hükmünde, bir yandan, davacıya uygulanacak hukuku belirleme yetkisi tanınmış, diğer yandan davacıya, davalı ile irtibatlı hukuklardan birini seçme imkânı verilmiştir<sup>41</sup>. MÖHUK’da kabul edilen bağlama kuralının Lahey Sözleşmesi ve Roma II Tüzüğüne yer alan bağlama kurallarına nazaran daha basit bir hüküm olduğu tartışmasızdır. Ancak kabul edilen kuralın ne derecede hukuki kesinliği sağladığı ve uygulanma kabiliyetinin olduğu hususlarında bazı tereddütler bulunmaktadır.

Bu konudaki ilk sorun, MÖHUK m. 36 hükmünde zarar görenin mutad meskeninin hiç dikkate alınmamış olmasıdır. Ürün, zarar görenin oturduğu yerde iktisap edilmişse, bu eksiklik sorun olmayacaktır. Ancak zarar görenin ürünü oturduğu yerden farklı bir yerde edinmesi veya zarar görenin malı edinen kişi olmaması mümkündür.

İkinci olarak, MÖHUK m. 36 hükmü, ürün kavramını, “imal edilen şeylerle” sınırlandırmıştır. Oysa bu alandaki eğilim, tarımsal ürünlerin dahi sorumluluk kapsamına alınması yönündedir.

Üçüncü ve önemli bir sorun da zarar görenin hukuk seçiminde bulunmaması halinde hangi yer hukukunun uygulanacağına dair kanunda herhangi bir açıklığın bulunmamasıdır. Tüzükte ne zaman genel kuralın ve özel kuralın uygulanacağı gayet açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Oysa MÖHUK’da haksız fiillere ilişkin genel kural (m. 34/1-2 ve 3) ile ürün sorumluluğuna ilişkin 36. maddenin karşılıklı uygulama alanları tespit edilmemiştir.

<sup>41</sup> Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığının 2009 yılı verilerine göre dış ticaret açığı 38.611 milyon dolardır. Bkz. <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/EAD/IstatistikDb/eko01.xls>.

## *Ürün Sorumluluğu (Roma II Tüzüğü)*

Dördüncü olarak da bu düzenleme, hükmün uygulanma kabiliyetini büyük ölçüde engelleyici niteliktedir. Bunun başlıca nedeni ise, Türk hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda davacıya uygulanacak hukuku araştırma ve bunlardan birini seçme külfeti getirilmiş olmasıdır. Bu külfet, davacı için güç, masraflı ve zaman alıcı bir süreç olup, çoğu olayda davacının hak aramasına engel olacak niteliktedir. Kaldı ki, Türk yargı kararlarında yabancı unsurlu ürün sorumluluğuna ilişkin bir uyuşmazlığın tespit edilip, ondan sonra uygulanacak hukukun araştırılması hususuna tesadüf edilmemektedir. Şüphesiz bu durum, yabancı unsurlu ürün sorumluluğuna ilişkin bir uyuşmazlıkların şimdiye kadar hiç yargı makamlarına intikal etmediği veya bundan sonra intikal etmeyeceği anlamına gelmez. Ancak yabancı unsurlu haksız fiile ilişkin dava açma uygulamasının bulunmadığı halde ürün sorumluluğundan doğan talepler hakkında zarar görene uygulanacak hukuku araştırma ve bu araştırmanın sonucunda uygulanacak hukuku bildirme külfetinin getirilmiş olması benzer taleplerin yargı makamlarının önüne gelmesini olumsuz etkileyebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Son olarak, MÖHUK m. 36 hükmü ile getirilen bağlama kuralının kişilerin ihtiyaçları, toplumdaki yaygın tavır ve davranışları ile ekonomik yapıya çok uygun olmadığı düşünülmektedir. MÖHUK m. 36 hükmü ile zarar gören ile davalının menfaatlerinin adil bir şekilde dengelenmesi hedeflenmiştir; sadece bu hedef yeterli değildir. Diğer alanlarda olduğu gibi, kanunlar ihtilâfi hukukunda da sadece taraf menfaatleri gözetilerek kurallar oluşturulmaz. Bunun yanı sıra, toplumdaki yaygın tavır ve davranışlar ile ülkenin ekonomik yapısı, uluslararası eğilimler ve gelişmeler de göz önünde bulundurulur.

Öncelikle, ürün sorumluluğuna ilişkin meselelerde toplumdaki yaygın tavır, zarar görenlerin hak arama yoluna başvurmamalarıdır. Bu alanda tüketicinin korunması konusunda faaliyette bulunan kurum ve kuruluşlarının katkılarıyla önemli bir mesafe kat edilmiştir. Buna rağmen ürün nedeniyle doğan zararlara zarar görenler katlanmaktadır, zarar görenler çeşitli nedenlerle (masraflı olması, hak arama bilincinin bulunmaması, davalının tutumu gibi) dava yoluna başvurmamaktadır.

Öte yandan Türkiye, her ne kadar ihracatını arttırmaya çalışan bir ülke olsa da, ekonomisinde ithalat miktarı ihracattan daha fazladır<sup>42</sup>. Başka bir ifa-

<sup>42</sup> Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığının 2009 yılı verilerine göre dış ticaret açığı 38.611 milyon dolardır. Bkz. <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/EAD/IstatistikDb/eko01.xls>.

de Türkiye’de yaşayan insanlar her alanda yabancı mallarla ve dolayısıyla yabancı üretici ve aracı kurumlarla karşı karşıyadır. Oysa MÖHUK’nun ürün sorumluluğuna ilişkin hükmünün kaynağını teşkil eden kanun farklı yapıdaki bir devlete, İsviçre’ye aittir. İsviçre ülkemize göre küçük ve nüfusu az ama yaşam standartları yüksek bir devlettir; dış ticareti dengelidir. Bu nedenle de İsviçre kanun koyucusu kendi toplumuna ve ekonomisine uygun olan bağlama noktalarını tercih etmiş; sınırlı hukuk seçimini davalıya bağlı unsurlara dayandırmıştır. Roma II Tüzüğünü kabul eden Avrupa Birliğine üye devletlerde de bu farklılık dikkati çekmektedir. Avrupa Birliğine üye devletlerin ekonomileri de büyük ölçüde ihracata dayanmaktadır. Tüketici hakları ve hak arama bilinci üst seviyededir. Ayrıca Avrupa Birliği içerisinde ilgililerin diğer hukuk düzenleri hakkında bilgiye kolaylıkla ulaşabilme olanakları mevcuttur. Bu koşullara rağmen, Avrupa Birliğinde bu konuda hiçbir boşluğa yer bırakmayacak bir düzenleme kabul edilmiştir.

Belirtilen nedenlerden dolayı İsviçre toplumuna uygun olan kurallar Türkiye için değildir. Kanaatimizce MÖHUK m. 36’da yer alan bağlama kuralının basamaklı olarak tanzim edilmesi ve genel hükümle bağlantısının sağlanması yerinde olacaktır. Bu suretle genel kuralda yer alan istisna bağlama kuralının tatbiki mümkün hale gelecektir. Her şeyden önce ayıplı bir üründen zarar gören kişilerin hak arama yoluna başvurmaları, davalı durumunda olan kişilerin de daha dikkatli olmaları ve kaliteli malları piyasaya sürmeleri teşvik edilmiş olacaktır. Dolayısıyla hukuk düzeninde daha etkili uygulanan hukuk kuralları getirilmiş, öngörülebilirlik ve hukuki kesinlik temin edilmiş olacaktır.

## **SONUÇ**

Ürün sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların fazlasıyla karmaşık olması ve bu uyuşmazlıklarda sadece tarafların değil ekonominin, ticaretin ve sosyal düzenin menfaatlerin göz önünde bulundurulmasına ihtiyaç vardır. Bu nedenle ürün sorumluluğuna ilişkin bağlama kuralını belirlemek kolay değildir. Lahey Sözleşmesi gibi fazlasıyla kompleks bağlama kurallarından İsviçre (ve Türkiye) gibi devletlerin MÖHK’lerinde nispeten basit bağlama kurallarına kadar pek çok çözüm yolu getirilmiştir. Muhtemelen Roma II Tüzüğü de ürün sorumluluğuna ilişkin bağlama kuralı oluşumunda son nokta olmayacaktır. Teknolojik gelişmelere, toplumların ayıplı ürünler nedeniyle uğradıkları zararlara verdikleri tepkilere ve buna sorumlu olanların tavrına göre yeni bağlama kuralları önerileri gündeme gelecektir.

**KAYNAKÇA**

Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Law Applicable To Non-Contractual Obligations (“ROME II”), COM (2006) 83, final, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/doc/com\\_2006\\_83\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/com_2006_83_en.pdf)

Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığının 2009 yılı verileri. <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/EAD/IstatistikDb/eko01.xls>

Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability [www.hccc.net/e/conventions/text](http://www.hccc.net/e/conventions/text)

**De Boer**, Th.M.: Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, 9(2007), s. 19-29.

**Doğan**, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010.

**Fröhlich**, C.W.: The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law, Hamburg 2008.

**Garriga**, G.: Relationships between “Rome II” and other international instruments, A commentary on Article 28 of the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, 9(2007), s. 137-148.

**Hay**, P.: Contemporary approaches to non-conctual obligations in private international law (Conflict of Laws) and the European Community’s “Rome II” Regulation, Chines Yearbook of Private International Law and Comperative Law, 2008, s. 33-92.

**Huber**, P./**Illmer**, M.: A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, 9(2007), s. 31-47.

**Illmer**, M.: The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters, *RabelsZ Bd. 73* (2009), s. 269-313.

**Kadner Graziano**, T.: The law Applicable to product liability – The present state of the law in Europe and current proposals for reform, *ICLQ*, 54(2005), s. 475-488.

**Nomer**, E/**Şanlı**, C.: Devletler Hususî Hukuku, 17. B., İstanbul 2009.

**Posch**, W.: The “Draft Regulation Rome II” in 2004: Its past and future perspectives, Yearbook of Private International Law, 6(2004), s. 129-



153.

Proposal For A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM (2003) 427 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003PC0427:EN:HTML>

**Reese**, WLM.: Explanatory Report, Convention on the Law Applicable to Products Liability, Lahey 1974.

REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ 31.7.2007-L199.

**Stone**, P.: The Rome II Regulation on choice of law in tort, Ankara Law Review, 4(Winter 2007), s. 95-130.

Summary and contributions of consultation “Rome II”, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_ii/news\\_summary\\_rome2\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/news_summary_rome2_en.htm)

**Symeonides**, S.C.: Tort Conflicts and Rome II: A view from across, *Festschrift für Erik Jayme* (ed. Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann), C.1, Münih 2004, s. 935-954.

**Symeonides**, S.C.: Rome II and tort conflicts: A missed opportunity, Am. J. Comp. L., 173(2008), s. 173-218.

**Tanribilir**, F.B.: Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğu, (ürün sorumluluğu), Ankara 2004.

**Tanribilir**, F.B.: Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış, (tebliğ), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-30 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 263-293.

**Tekinalp**, G.: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 10. B., İstanbul 2009.

**Von Hein**, J.: Something old and something borrowed, but nothing new? Rome II and the European choice-of-law evolution, Tul. L. Rev. 82(2007-2008), s. 1697-1698.



# YENİ ÇEK KANUNU'NA GÖRE TÜZEL KİŞİLERİ TEMSİLEN ÇEK DÜZENLENMESİ VE SONUÇLARI

Metin TOPÇUOĞLU\*

## Özet

5941 sayılı Çek Kanunu tüzel kişiler adına çek keşide etme yetkisini ve keşide edilen çeklerden doğan ceza sorumluluğunu yeni ve farklı bir anlayışla düzenlemiştir. Kanun koyucu, tüzel kişiye ait nakit işlemlerinin bir başkası üzerinden yürütülmesini engellemek için belirli ilişkiler çerçevesinde açılan çek hesaplarını, tüzel kişi tacir adına açılmış saymış, böylece hukuki sorumluluk açısından da dikkate alınabilecek dolaylı temsil karinesini kabul etmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüzel kişi çekleri, tüzel kişiler adına temsil yolu ile çek düzenlenmesi, karşılıksız tüzel kişi çeklerinden sorumluluk, dolaylı temsil karinesi.

## **DRAWING CHECK BY REPRESENTATION ON BEHALF OF LEGAL PERSONS AND ITS CONSEQUENCES WITHIN THE FRAMEWORK OF THE NEW CHECK LAW**

## Abstract

The Check Law no. 5941 regulates in a new and different manner the right to draw a check on behalf of legal persons and the criminal liability resulting from drawn checks. Legislator considers the check accounts opened within particular relations to be opened on behalf of legal person merchant in order to prevent the cash transactions belonging to a legal person to be executed over someone else, thus accepting the presumption of indirect representation that can be taken into account for civil liability.

**Key Words :**Legal person checks, drawing check by representation on behalf of legal persons, liability from legal person checks, presumption of indirect representation.

---

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

## **D) GİRİŞ**

Yeni Çek Kanunu (YÇK)<sup>1</sup>, tüzel kişiler adına temsil yolu ile çek düzenlenmesi ve sorumluluk sistemini, yürürlükten kaldırdığı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun”dan (EÇK) farklı bir şekilde düzenlemiştir. Kanun koyucu, EÇK’nın aksayan ve istismar edilen hükümlerini ıslah etmek yerine tepki anlayışı ile yeni çözümler getirmiştir. YÇK’nın getirdiği çözümlerin yeni sorunlar ve istismar alanları oluşturmaya uygun olduğu görülmektedir.

YÇK, gerçek ve tüzel kişiler adına temsil yolu ile çek keşide edilmesi ve sonuçları bakımından ayrı ilkeler benimsemiştir. EÇK’den farklı olarak gerçek kişiler adına, temsil yolu ile çek hesabı açmak ve kapatmak mümkün olmakla birlikte çek düzenlemek yasaklanmıştır (YÇK m. 2/3, 10; m. 5/3). Tüzel kişiler adına organları veya temsilcileri çek düzenleyebilecektir. Tüzel kişi adına düzenlenen çeklerden dolayı hukuki sorumluluk tüzel kişiye aittir. Fakat karşılıksız çek keşide etme suçunun ceza yaptırımı gerçek kişilerle sınırlı olarak uygulanır. Bu sebeple tüzel kişi çeklerinde ceza yaptırımı sadece “çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü yönetim organı üyesi kişi” veya kişiler hakkında uygulanabilecektir. Karşılıksız çekten genel olarak tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organı üyesi, görev dağılımı yapılmamışsa, yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler sorumlu olacaklardır (YÇK m. 5/1, 2).

Tacir tüzel kişinin; faaliyetleri ile ilişkilendirilebilecek, ortakları veya yöneticilerinin etkisi altında kalabilecek gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesaplarının, tacir tüzel kişiye ait olduğu farz ve kabul edilmiştir (YÇK m. 4/2). Bu durumda ilgili tüzel kişi tacirin, vergiye ilişkin mali sorumluluğuna ek olarak keşideci gerçek kişi ile birlikte hukuken de sorumlu tutulması gerekecektir. Cezai sorumluluk tüzel kişi tacir ile belirli ilişkilere sahip gerçek kişilere aittir (YÇK m. 4/2).

---

<sup>1</sup> RG, 20.12.2009, S. 27438.

## **II) TÜZEL KİŞİLER ADINA TEMSİL YOLU İLE ÇEK DÜZENLENMESİ**

### **A) Çek hesabı açılması**

#### **1) Genel olarak**

Tüzel kişiler adına çek hesabı açılması bakımından YÇK, kural olarak genel hükümlerden farklı bir hüküm getirmemiştir. YÇK m. 2/3'e göre çek hesabı açabilmek için ilgilinin bizzat kendisinin veya vekilinin ya da yasal temsilcisinin imzasına ihtiyaç vardır. Tüzel kişiler adına çek hesabı, tüzelkişinin yöneticileri veya temsilcileri tarafından açılabilir. Türlerine göre tüzel kişiyi yönetim ve temsil yetkisine sahip olan kimseleri genel olarak aşağıdaki gibi özetleyebiliriz<sup>2</sup>.

Kollektif şirketlerde, ortaklardan her biri veya birkaçı ya da ticari mümessiller (TK m. 160);

Komandit şirketlerde, komandite ortaklardan birisi veya birkaçı ya da ticari mümessiller (TK m. 257);

Limited şirketlerde, müdürler (bu kimse ortaklardan birisi olabileceği gibi dışarıdan birisi de olabilir) ya da ticari mümessiller (TK m. 540);

Anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyeleri veya imza yetkisini haiz bir ya da daha fazla Murahhas üye yahut müdürler [ticari mümessiller (TK m. 317, 319/2, 342)];

Kooperatiflerde, yönetim kurulu üyeleri veya imza yetkisini haiz bir ya da birkaç üye yahut ticari mümessiller (Koop. K m. 55, 58);

Derneklerde, yönetim kurulu üyeleri veya imza yetkisini haiz bir ya da birkaç üye, bir ticari işletme işleten derneklerde ise yine yönetim kurulu üyeleri veya ticari mümessiller (MK m. 85);

Vakıflarda, mütevelli (yönetim organı), bir ticari işletme işleten vakıflarda ise mütevelli heyeti üyeleri veya ticari mümessiller (MK m. 109);

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulup özel hukuk hükümlerine göre

<sup>2</sup> Bkz. *Çağlar, H.*, "5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 3-8.* Söz konu makaleye, [http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/13\\_1.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/13_1.pdf) (12.11.2010) web adresinden de ulaşılabilir.

veya ticari şekilde işletilen işletmelerde ise işletmeyi temsile yetkilendirilen kimselerdir.

Tüzel kişilerin yönetimi ve temsilinde, ticari işletmenin olağan (mutad) veya belirli işleri için yetkilendirilen ticari vekillerin (BK m. 453) rolü ve önemi göz ardı edilemez. Ancak yukarıda, tacir yardımcılarında özellikle çek düzenleme yetkisini de içeren en geniş yetkiye sahip ticari mümessillere (BK m. 449, 450) işaret edilmekle yetinilmiştir.

Tüzel kişiler adına çek hesabı açmaya yetkili olan kimseleri üç başlık altında toplayabiliriz: 1) Yönetim organı, 2) temsilciler, 3) tüzel kişi adına imza yetkisine sahip olan kimseler.

## **2) Yönetim organı**

Bilindiği gibi tüzel kişiler, fiil ehliyetlerini organları aracılığı ile kullandıklarından yönetim organı, tüzel kişinin temsilcisi değil bizzat kendisidir (MK m. 48-50). Yönetim organının tüzel kişi adına ve hesabına yaptığı hukuکی işlemler için “temsil” kavramı kullanılmakla birlikte söz konusu işlemler, tüzel kişinin işlemleri olduğundan BK m. 32 vd hükümleri anlamında temsilden bahsedilemez<sup>3</sup>.

Kural olarak tüzel kişi adına hareket etmeye yetkili olan organ yönetim organıdır. Yönetim organının yetkileri, tüzel kişinin düzenlendiği kanun ve statü (esas sözleşme, tüzük) hükümlerine göre belirlenecektir. Örneğin, aksi kararlaştırılmamışsa, kolektif şirketlerde her bir ortak (TK m. 160, 175); limited şirketlerde ortaklar müdür sıfatıyla (TK m. 540); anonim şirketlerde (TK m. 317), kooperatiflerde (Koop. K m. 55) ve derneklerde (MK m. 85) yönetim kurulu tüzel kişiyi yönetim ve temsil yetkisine sahiptir. İlgili kimselerin, tüzel kişi adına çek hesabı açabilmelerinde, kuşkuya mahal yoktur.

## **3) Temsilciler**

Aksi kararlaştırılmadıkça, tüzel kişiyi ortaklara (üyelere) ve üçüncü şahıslara karşı yöneticiler temsil eder. Ancak tüzel kişiyi temsil yetkisini, yönetim yetkisinden ayırarak ortaklardan birine veya birkaçına hatta dışarıdan birine vermek mümkündür (TK m. 175, 160, 540, 541, 319, Koop. K m. 58, MK m. 85/2). Yönetim organının fiil ve işlemleri doğrudan tüzel kişinin fiil ve işlemleri olarak kabul edildiğinden, bu başlık altında kastettiğimiz kişiler, tüzel kişinin –yönetim- organı dışında görevlendirdiği yönetici ve temsilcileridir.

<sup>3</sup> Bkz. *Kıhçoğlu, A.: Borçlar Hukuku, Ankara 2007, s. 155.*

İlgili kanun ve statü hükümleri doğrultusunda yetkilendirilen ve ticari mümessil sıfatını taşıyan temsilciler, tüzel kişi adına çek hesabı açabileceklerdir. Ticari vekil olarak atanan kimseler (BK m. 453/2) ile temsilciler (BK m. 388/3), özel olarak yetkilendirilmedikçe çek hesabı açamayacaklardır.

#### **4) Tüzel kişi adına imza yetkisine sahip olan kimseler**

YÇK, tüzel kişiler adına çek hesabı açılması (m. 2/3), beyanda bulunma yükümlülüğü (m. 2/3, 4), “çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı” (m. 5/4)<sup>4</sup> ve sonuçları (m. 7/3) ile ilgili olarak ayrıca “imza yetkilisi” temsilciden bahsetmektedir. Gerçekten tüzel kişiler adına işlem yapma, beyanda bulunma yetkisine sahip kimseler arasında imza yetkisine sahip olan kimseler de bulunmaktadır. YÇK imza yetkilisi ile kimleri kastettiğini açıklamamıştır. Buna karşılık Bankacılık Kanunu’nda (Bank. K)<sup>5</sup> “yönetici” sıfatına paralel olarak imza yetkililerine de açıklık getirilmiştir. Bank. K anlamında “yönetici”, “bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer” birimlerde faaliyet gösteren kimselerdir (m. 3; 26; 27). Bank. K, *yönetim ve temsil yetkisini birbirinden ayırarak* imza yetkilisini; temsil yetkisine sahip bölge müdürleri, şube müdürleri, genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birim yöneticileri olarak kabul etmiştir. “Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları” dışında kalan ve sadece yönetim görevi ile yetkilendirilen kimseler imza yetkilisi sayılmayacaktır. Bu anlamda imza yetkilileri, kendilerine verilen temsil yetkisinin kapsamına göre ticari mümessil veya ticari vekil konumundadırlar.

YÇK m. 2/3’te ifadesini bulan “imza yetkilisi” olan kişiler, tüzel kişinin tabi olduğu kanun ve statü hükümlerine göre, organ üyesi sıfatını taşıyan kimseler dışındaki temsilcileridir. Öyleyse ilgili maddelerde (YÇK m. 2/3, 4; 7/3) yönetim organı görevlileri ve temsilcilerden bahsettikten sonra ayrıca imza yetkililerinden bahsetmeye gerek yoktur. Gerçekten yönetim organı dı-

<sup>4</sup> YÇK m. 5/4’ün gerekçesine göre ileri tarihli çek keşide eden fakat tüzel kişi ile ilgisi kalmayan imza yetkilisi hakkında da çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilecektir. Ayrıca bkz. *Çağlar*, 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, s. 16-18.

<sup>5</sup> RG, 01.11.2005, S. 25983 (Mükerrer).

şında temsil ile yetkilendirilen kimseler aynı zamanda imza yetkilisi sıfatını taşıyan kimselerdir. Bankalarda olduğu gibi bu kimseler, ticari mümessil veya ticari vekillerdir.

Gerçek kişilerin aksine, YÇK m. 2/3, ayırım yapmaksızın “imza yetkilisi” olan kişiler ifadesine yer verdiği için, ticari vekillerin de “çek hesabı”<sup>6</sup> açıp açamayacağı sorunu akla gelmektedir. YÇK m. 2/3 hükmünün beyan yükümlülüğünü<sup>7</sup> düzenlediği, bu sebeple çek hesabı açma ve çek düzenleme konusunda ticari vekilin yetkisini genişleten bir içeriğe sahip olmadığı söylenebilir. Ancak imza yetkilisi olan kişilerden ticari vekillerin, özel yetki olmadan çek hesabı açamayacakları ve çek düzenleyemeyecekleri dikkate alındığında, “hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı bulunan gerçek kişinin, ... imza yetkilisi olduğu tüzel kişiye çek defteri verilmez” hükmünün amacını aştığı görülür. Şu halde çek hesabı açma ve çek düzenleme yetkisinden yoksun olsa bile, hakkında yasak bulunan imza yetkilisi sebebiyle tüzel kişiye çek defteri verilmeyecektir<sup>8</sup>.

Tüzel kişi tacirler için çek hesabı açılması bakımından önem taşıyan diğer bir konu da tüzel kişiye ait kambiyo işlemlerinin bir başkası üzerinden yürütülmesini engellemeye yönelik dolaylı temsil karinesidir. YÇK m. 4/2, belirli ilişkiler çerçevesinde açılan çek hesaplarını, karine olarak, tüzel kişi tacire ait kabul etmiştir.

## **B) Çek Keşide Edilmesi**

### **1) Yönetim organı görevlilerinin tüzel kişi adına çek düzenlemesi**

Tüzel kişiler adına temsil yoluyla çek keşide edilmesinde herhangi bir problem yoktur. Yukarıda bahsettiğimiz tüzel kişi adına çek hesabı açmaya yetkili olan kimseler aynı zamanda çek keşide etmeye de yetkilidirler. YÇK'nın getirdiği farklılık, keşide edilen karşılıksız çekin cezai sonuçları konusundadır. Tüzel kişilerde, çeki düzenleyenler, çek karşılığını banka hesabın-

<sup>6</sup> BK m. 453/2'de özel yetki için kambiyo taahhüdünde bulunma işleminden bahsedildiği, çek hesabı açılması işleminin ise tek başına müvekkil taciri borç altına sokmayacağı, dolayısıyla özel yetki gerekmeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak çek hesabı açmak, BK m. 453/2, 3 hükmü bakımından mutad muamele kapsamına girmez. Bu sebeple ticari vekil, özel olarak yetkilendirilmedikçe çek hesabı açamayacaktır.

<sup>7</sup> Ayrıca bkz. *Çağlar*, 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, s. 18

<sup>8</sup> Bkz. *Çağlar*, 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, s. 6.

## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

da bulundurmakla yükümlü olanlar ve karşılıksız çekin cezai sorumluluğunu taşıyanlar aynı kimseler olmayabilir (YÇK m. 5/2, 2/3).

Tüzel kişiler adına organ görevlisi sıfatını taşıyan kimseler çek düzenleyebilir. Organ görevlileri aralarında iş bölümü yaparak mali konularda yetkili ve görevli ortak ve üyeleri tespit etmiş olabilir. Aralarındaki işbölümüne rağmen yetkisiz organ görevlilerinin düzenleyecekleri çekin geçerli olacağından kuşku duyulmaz (TK m. 321/2, 5). Zira “konu” ile ilgili kısıtlamalar iç ilişkide geçerlidir ve iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>9</sup>. Bu durumda karşılıksız çıkan çekten dolayı ceza sorumluluğu tüzel kişinin mali konularda işlerini yürütmekle yetkili organ görevlisine aittir (YÇK m. 5/2). Ancak yetkisini aşarak karşılıksız çek düzenleyen organ üyesinin tüzel kişiye karşı hukuki sorumluluğu gündeme getirilebilecek, ayrıca iştirak hükümlerine göre de cezalandırılabilir<sup>10</sup>. Fakat tescil ve ilan edilen bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilecek birlikte temsil (çift imza)<sup>11</sup> kuralına rağmen tek imza ile keşide edilen çekler geçerli olmakla birlikte tüzel kişiyi bağlamaz (TK m. 321/2)<sup>12</sup>. Bu ihtimalde yetkisini aşarak çek keşide eden yönetim organı görevlisi, çekin hukuki<sup>13</sup> ve cezai sonuçlarından şahsen sorumlu tutulacaktır. Keşide edilen çek tüzel kişiyi bağlamadığı için diğer yönetim organı görevlilerinin çekin cezai sonuçlarından sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

YÇK, çek düzenleme yetkisine sahip olanlarla, söz konusu çekin karşılıksız çıkması halinde sorumlu olacak kimseleri birbirinden ayırmış ve organ görevlileri ile sınırlı bir sorumluluk anlayışı benimsemiştir. Tüzel kişiler adına başta organ görevlileri ve temsilciler çek keşide edebileceklerdir. YÇK m. 2/8 “tüzel kişi adına çek düzenleyen kişinin adı ve soyadı”nı, keşide ettiği çek

<sup>9</sup> Özgenç, İ., Çek Kanunu, Ankara 2010, s. 83, 84.

<sup>10</sup> Aynı sonuç, temsil yetkisinin merkez veya şube (yer) ile kısıtlanarak sicile tescil ve ilan edildiği hallerde de geçerlidir (TK m. 321/2; BK m. 451).

<sup>11</sup> Bkz. *Çağlar*, 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, s. 6.

<sup>12</sup> Çift imzanın şart olduğu hallerde tüzel kişi adına tek imza ile çek keşide eden yönetim organı görevlisi, yetkisiz temsili düzenleyen TK m. 590 hükmüne göre sorumlu tutulabilecektir.

<sup>13</sup> Ayrıca bkz. *Kendigelen*, A.: Çek Hukuku, İstanbul 2007, s. 102, 103 [Yazar, söz konusu eserine, Hukuki Perspektifler Dergisi'nde yayınlanmış konuyla ilgili “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Çek Hukukunda “Sessiz Sedasız” Yapılmak İstenen Değişiklikler” başlıklı makalesi (Mayıs 2006, s. 74-79) ile “Çek Kanunu Tasarısı Taslağının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi” (Eylül 2006, s. 177-185) başlıklı makalesini de eklemiştir. Ancak atıflar, makale başlığı zikredilmeksizin, eserin sayfa numaralarına yapılacaktır].

üzerine açıkça yazmasını şart koşmakla yetinmiştir. Görüldüğü gibi tüzel kişi adına çek keşide eden kişinin organ görevlisi olması şartı yoktur.

Kural olarak, temsil yoluyla düzenlenecek çeklerde temsilcinin, sadece imzasını atması yeterli olmayacak, temsil ilişkisini gösterir bir ibareye ve ismine yer vermesi gerekecektir. Temsil ilişkisinin anlaşılacağı veya kanıtlanamadığı hallerde temsilci, keşide ettiği çekten bizzat sorumludur (TK m. 590)<sup>14</sup>. TK, çekin şekil şartları arasında keşidecinin “imza”sını yeterli kabul etmiştir (m. 692/b. 6). Çekin şekil şartı açısından ad ve soyadını içermese bile keşideciye izafe edilebilecek bir imzanın varlığı yeterlidir<sup>15</sup>. Tüzel kişilerde organ görevlisi sıfatını taşıyan kimselerin ve temsilcilerin imzası ile düzenlenen çekler geçerlidir. Fakat tüzel kişilerde bu durum istismar edilmiş, isim taşımayan sadece imza içeren çekler keşide edilmiş, söz konusu çekleri sahiplenen olmamış dolayısıyla karşılıksız çekle ilgili sorumluluk ortada kalmıştır. Bu sebeple keşidecinin çek üzerine adını ve soyadını yazması zorunluluğu getirilmiştir (YÇK m. 2/8). Bununla birlikte TK'nın öngördüğü şekil şartlarını taşıyan çek, YÇK m. 2/6-8'deki şartlara aykırı olsa bile geçerliliğini muhafaza eder (YÇK m. 2/9).

## **2) Organ üyesi sıfatını taşımayan temsilcilerin (ve imza yetkililerin) tüzel kişi adına çek düzenlemesi**

Çek hesabı açabilecek temsilci ve imza yetkilileri aynı zamanda çek düzenlemeye de yetkilidirler. Ticari mümessiller (BK m. 451/1), kendilerine kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisi verilen ticari vekiller (BK m. 453/2) ve temsilciler (BK m. 388/3) tüzel kişi adına çek düzenleyebileceklerdir.

### **C) Çek hesabının kapatılması**

Çek hesabı, “ancak sahibinin veya yasal temsilcisinin yazılı talebi” ile kapatılabilir (YÇK m. 2/10). Tüzel kişiler adına yönetim organı görevlileri açılmış çek hesabını kapatabileceklerdir. Hesabı kapatmaya yetkili kimselerin (m. 2/10) “ancak” ibaresi ile sınırlandırıldığı intibahı edinilse bile organ görevlisi sıfatı taşımayan, fakat kendilerine kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisi verilen tüzel kişi temsilcileri (BK m. 388/3) ile ticari mümessiller de çek hesabının kapatılmasında yetkili olacaklardır<sup>16</sup>. Tüzel kişi adına kambiyo se-

<sup>14</sup> Bkz. *Kendigelen*, Çek Hukuku, s. 103-105.

<sup>15</sup> Aynı yönde bkz. *Kırca*, 5941 Sayılı Çek Kanunu, s. 13.

<sup>16</sup> Aval; poliçe, bono ve çek ile sorumluluk altına giren kimseler lehine verilen bir tür kefalettir (TK m. 612-614, 706). Uygulamada, senet sorumlularının ödeme gücü hakkında kuşkuya sebep olabileceği endişesi ile aval yerine aynı zamanda teminat fonksiyonu da bulunan ciro



netleri aracılığı ile borçlanmaya yetkili kılınan temsilcinin, söz konusu senetlerin; düzenlenmesi, tedavülü ve ifası sürecine ilişkin gerekli işlemleri yapabilmesi asıldır. Bu anlamda temsilcinin, kambiyo taahhüdü sürecine ilişkin işlemler için ayrı ayrı yetkilendirilmesine ihtiyaç yoktur.

Kambiyo taahhüdünün sadece belirli bir aşaması için yetkilendirildiği anlaşılan gerçek kişi temsilcisi diğer işlemleri yapamayacaktır. Örneğin sadece ciro işlemi için yetkili kılınan temsilci aval<sup>17</sup> veremeyecektir<sup>18</sup>. Bu ihtimalin sadece gerçek kişilerin temsilinde önem taşıyacağı unutulmamalıdır. Zira tüzel kişilerin temsilinde yetkinin, birlikte temsil ve merkez veya şube dışında konu ile kısıtlanması, iç ilişki bakımından önem taşır, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TK m. 321/1, 2).

### **III) TÜZEL KİŞİLERLE BELİRLİ İLİŞKİLERE SAHİP GERÇEK KİŞİLER TARAFINDAN DÜZENLENEN ÇEKLER**

#### **A) Genel olarak**

TK m. 730/1-1; 585 hükümleri, üçüncü kişiler hesabına çek düzenleme imkânını kabul etmekle birlikte dolaylı temsil ile çek düzenlemek yaygın bir yol değildir. Dolaylı temsil, temsilcinin hukuki işlemi, kendisine verilen temsil yetkisine uygun olarak kendi adına fakat temsil olunan hesabına yapmasıdır. Üçüncü kişilere karşı işlemin sonuçlarından temsilci sorumludur. Bu sebeple hukuki işlemde doğan hak ve borçlar temsilciye aittir (BK m. 32/2). Temsilci, sonradan, edindiği hak ve borçları alacağın temlik ve borcun nakli hükümlerine uygun olarak temsil olunana devredecektir (BK m. 32/3)<sup>19</sup>. Kanunun koyucunun özellikle muvazaalı işlemleri dikkate alarak düzenlediği YÇK m. 4/2, temsil açısından TK m. 730/1-1; 585 hükümlerini somutlaştırmıştır. YÇK m. 4/2, belirli kimselerin yarattığı hukuki görünüşü<sup>20</sup> değil; görüntünün

işlemi tercih edilmektedir (*Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2010, p. 288, 289).

Yetkisi bulunmadığı halde aval veren temsilci, TK m. 590 hükmü uyarınca aval işleminin sonuçlarına katlanacaktır. Bilindiği gibi TK m. 590, kambiyo senetlerinde keşide, kabul, ciro, aval ve araya girme işlemlerinden doğacak sorumluluklara uygulama imkânına sahiptir. Bkz. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 211.

<sup>17</sup> Bkz. *Yıldız*, Ş., “Doğrudan Doğruya İradî Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller”, *Makalelerim* 1988-2007, Ankara 2008, s. 59.

<sup>18</sup> Bkz. *Eren*, F.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2008, s. 388 vd.

<sup>19</sup> Ayrıca bkz. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 209; *Yavuz*, C.: *Tük – İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul 1983, s. 134.

<sup>20</sup> *Kırca* 'ya göre, YÇK m. 4/2'deki belirli ilişkilerin varlığı halinde gerçek kişi adına düzenlenmiş çeklerin tüzel kişiye ait kabul edilmesi hukuki olmaktan çok, ekonomik anlam taşır. *Kır-*

arkasındaki gerçek (iç) ilişkiyi dikkate alan bir varsayımı esas almıştır.

Temsil olunana ait bir borcun ifası amacıyla dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde çek düzenlemek mümkündür<sup>21</sup>. Çekin karşılıksız çıkması durumunda, hukuki ve cezai sonuçlara katlanacak olan kişi, hiç şüphesiz aynı zamanda hesap sahibi olan gerçek kişi temsilcidir (YÇK m. 5/1). Bu ihtimalin YÇK m. 5/2 hükmünün uygulama alanı içine girmeyeceği aşikârdır.

### **B) Karine olarak dolaylı temsil ilişkisinin kabulü**

YÇK, tüzel kişi tacire ait bir borcun ifası amacıyla söz konusu tüzel kişiyle belirli ilişkilere sahip kimselerin, kendi adlarına açılmış çek hesabından yapacakları ödemeleri engellemek ve kayıt altına almak istemiştir. “Bankaların bildirim yükümlülüğü” başlığı altında düzenlenen YÇK m. 4/2’ye göre, “tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla, tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilir”. Amacı esasen kayıt dışı ile mücadele olan YÇK m. 4/2’nin öngördüğü ilişkiler, perde arkasından başkalarının hesabını kullanarak borçlarını ödeyen tüzel kişi tacirin dolaylı temsil ilişkisini kullandığına delalet etmektedir. Böylece belirli ilişkilerin varlığında, tüzel kişi tacirler hakkında dolaylı temsil yoluyla çek keşide edilebileceği farz ve kabul edilmiş olmaktadır<sup>22</sup>.

YÇK m. 4/2’den çıkartabileceğimiz sonuçları aşağıdaki gibi özetleyebiliriz:

1) Kanun, tacir tüzel kişi hesabına hareket ettiklerini varsaydığı kişileri sınırlandırmıştır. Tüzel kişi tacirin kendisi veya faaliyetleri ile ilişkili,

---

ca, İ.: 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 22, 23. *Arkan* da aynı görüşü paylaştığını ifade etmiştir (Bkz. *Kırca*, 5941 Sayılı Çek Kanunu, tartışmalar kısmı, s. 40, 41).

<sup>21</sup> YÇK m. 4/2’nin amacının, gerekçede “... tacir sıfatını haiz tüzel kişinin taraf olduğu ticarî ilişkilerde, bu tüzel kişinin borcuna karşılık olarak, organlarında görev yapan veya temsilcisi sıfatını taşıyan ya da herhangi bir gerçek kişi adına açılmış çek hesabı ile ilişkilendirilmiş çek düzenlenmesinin önüne geçmek” olduğu ifade edilmiştir. Kanun koyucunun, öngördüğü ilişkilerin etkisini, gerçek kişilerle sınırlandırmak istediği anlaşılmaktadır. Ancak tacir tüzel kişilerin, maddede işaret edilen ilişkilere sahip gerçek kişiler üzerinden borçlanarak çek düzenlemeleri engellenmek istendiğine göre, pekala bu ilişkilere sahip olan kişiler, tüzel kişiler de olabilir. Bkz. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 505.

<sup>22</sup> Ayrıca bkz. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 506.

## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

- a) Tüzel kişi tacirin gerçek kişi ortakları<sup>23</sup>,
- b) Ortakların ilgili olduğu gerçek kişiler,
- c) Tüzel kişi tacirin veya ortaklarının (gerçek ya da tüzelkişi) etkileri altında bulunan gerçek kişiler,

d) Tüzel kişi tacirin yönetim organında görev alan gerçek kişiler,

e) Tüzel kişi tacirin temsilcileri,

Kanunun işaret ettiği kimselerdir.

2) YÇK m. 4/2'nin öngördüğü gerçek kişiler adına açılmış çek hesaplarının tacir tüzel kişiye ait olduğunu kabul edebilmek için belirli ilişkilerin veya etkileme gücünün varlığı şarttır. Bu anlamda söz konusu gerçek kişilerin:

a) Ortaklık sıfatı,

b) Yönetici sıfatı,

c) Temsilci sıfatı<sup>24</sup>,

d) Tüzel kişi tacir veya ortakları ile ilgili olması ya da onların etkisi altında bulunması<sup>25</sup>,

Kanunun aradığı ilişki ve etkileme gücü için yeterli görülmüştür.

Kanunun kabul ettiği; ortaklık, yönetim ve temsil ilişkilerinin belirlenmesinde kuşku olmamakla birlikte diğer faktörler (ilgi, ilişki ve etkileme gücü) esnekler ve hukuk alanındaki sınırlarını çizmek güçtür. Söz konusu ilgi, ilişki ve etki faktörleri, başta ticari ilişkiler olmak üzere, istihdam (çalıştıran

<sup>23</sup> YÇK m. 4/2'de tüzel kişi tacirin yönetici ve temsilcileri ile ilgili veya onların etkisi altında bulunan kimselerden bahsedilmemiştir. Her ne kadar tüzel kişi ile organları aynı kapsamda değerlendirilse bile ortak ve organ görevlisi olmayan yönetici ve temsilcilerle bağlantılı kimselerin madde kapsamına girmeyeceği açıktır. Ortaklarla olan ilişki özellikle belirtilmişken üçüncü kişilerle tüzel kişi arasındaki ilişkileri yürüten ve yönlendiren yönetici veya temsilcilerin etkisinin göz ardı edilmesi ceza ve vergi yükümlüğü açısından eksiklik olarak görülebilir.

<sup>24</sup> Krş. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 506a.

<sup>25</sup> YÇK m. 4/2'de tüzel kişi tacirin yönetici ve temsilcileri ile ilgili veya onların etkisi altında bulunan kimselerden bahsedilmemiştir. Her ne kadar tüzel kişi ile organları aynı kapsamda değerlendirilse bile ortak ve organ görevlisi olmayan yönetici ve temsilcilerle bağlantılı kimselerin madde kapsamına girmeyeceği açıktır. Ortaklarla olan ilişki özellikle belirtilmişken üçüncü kişilerle tüzel kişi arasındaki ilişkileri yürüten ve yönlendiren yönetici veya temsilcilerin etkisinin göz ardı edilmesi ceza ve vergi yükümlüğü açısından eksiklik olarak görülebilir.

veya çalışan), vekâlet, temsil, hısımlık hatta hısımlık dışındaki yakınlık ilişkilerini bile kapsar. Öngörülen ilişkinin sınırlarının hayli geniş tutulduğu, üstelik bu ilişkileri ispat şartının aranmadığı, emarelerle yetinildiği düşünülürse, YÇK m. 4/2'nin potansiyel mağduriyetlere (hukuki ve cezai) yol açabileceği kuşkusuzdur<sup>26</sup>.

YÇK m. 4/2, kısaca “tacir tüzel kişi hesabına keşide edildiği anlaşılan çeklerde muhatap banka durumu Gelir İdaresi Başkanlığına bildirir” şeklinde ifade edilebilirdi. Maddede, kayıt dışı hesap hareketlerinde çekin başka kimseler hesabına düzenlendiği kanaatini güçlendirecek belirli ilişkilere özellikle yer verilmesi, uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri büyük ölçüde gidereceğinden isabetli olmuştur. Fakat YÇK m. 4/2'nin ne kadar uygulama alanı bulacağı sorunu tartışmaya açıktır. Gerçekten banka, kendi adına çek hesabı açan gerçek kişi müşterisinin ortaklık, yöneticilik ve temsilcilik sıfatları dâhil bağlantılı olduğu veya etkisi altında hareket ettiği tüzel kişi taciri hangi imkânlarla izleyecek ve tespit edecektir? Kuşkusuz banka, çek hesabı sahibi müşterisinin durumunu ya hesap akışını ve edindiği bilgileri dikkate alarak re'sen ya da ihbar yahut şikayet üzerine araştıracaktır<sup>27</sup>. Bankaların araş-

<sup>26</sup> Krş. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 506a.

<sup>27</sup> Bankalar, “şüphe” taşıyan belirli işlemleri Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı'na (MASAK) bildirmekle yükümlü tutulmuştur. “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”a (RG, 18.10.2006, S. 26323) göre yükümlüler (banka), “nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işleme konu malvarlığının; yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, terörist eylemler için ya da terör örgütleri, teröristler veya terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek” (m. 4) işlemleri bildirmek zorundadır. “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik” (RG, 09.01.2008, S. 26751) başkası hesabına hareket edenlerle ilgili şu hükümleri içermektedir: “(1) Yükümlüler bir başkası hesabına hareket edilip edilmediğini ve işlemin gerçek faydalanıcısının kimliğini tespit etmek için gerekli tedbirleri alır. Bu kapsamda kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kimselere sorumluluklarını hatırlatmak amacıyla yükümlüler, gerekli duyuruları hizmet verdikleri tüm işyerlerine müşterilerin rahatça görebileceği şekilde asarlar. Finansal kuruluşlar ayrıca sürekli iş ilişkisi tesisinde başkası hesabına hareket edilip edilmediğine ilişkin müşterinin yazılı beyanını alır. Bu beyan müşteri sözleşmesinde belirtilebilir veya uygun formlar kullanılarak alınabilir.

(2) İşlemi talep eden kimse, bir başkası hesabına hareket ettiğini beyan ettiğinde, 6 ila 14 üncü maddelere göre işlemi talep edenin kimliği ve yetki durumu ile hesabına hareket edilenin kimliği tespit edilir.

(3) Yükümlüler ticaret siciline kayıtlı tüzel kişilerle sürekli iş ilişkisi tesisinde, tüzel kişiliğin yüzde yirmibeşi aşan hisseye sahip gerçek ve tüzel kişi ortaklarının kimliğini 6 ve 7 nci maddelere göre tespit eder.

(4) Yükümlüler sürekli iş ilişkisi kapsamında müşterisi olan bir tüzel kişiliği gerçekte yöneten, kontrolünde veya sahipliğinde bulunduranlar hakkında doğru bilgilere ulaşmak için

## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

tırma yükümlülüğü (YÇK m. 2), m. 4/2'yi de kapsayacak şekilde genişletilse bile söz konusu ilişkileri bütün açıklığı ile ortaya çıkartabilmek mümkün değildir<sup>28</sup>. Zira YÇK m. 4/2 deki *tüm ilişkileri* ne kayıt altına alma yetkisi ve yükümlülüğü ne de bu bilgileri içeren merkezi kayıt sistemi vardır. Muhtemelen kanun koyucu, bu güçlüğü hesaba katarak beyan yükümlülüğüne aykırı davranan bankalar için herhangi bir ceza yaptırımını öngörmemiştir.

3) YÇK m. 4/2, aksi ispat edilebilecek bir kanuni karine<sup>29</sup> kabul etmiştir. Yukarıda bahsettiğimiz kimselerin çek hesaplarının ve keşide ettikleri çeklerin, kanunun aradığı ilişkinin varlığı durumunda tacir tüzel kişiye ait olduğu varsayılmıştır. Ancak bu durumun aksini ispat etmek mümkündür<sup>30</sup>. İlgili kimseler, bahsedilen ilişkiler sabit olsa bile, çekin kendilerine ait olduğunu her türlü delille ispat edebileceklerdir. Gerçekten herhangi bir kimsenin, sırf maddede işaret edilen ilişkilerin varlığı sebebiyle, onun kendi ticari faaliyetleriyle ilgili kambiyo taahhüdünü gerektiren tasarruflarda bulunamayacağını varsaymak doğru ve adil olmayacaktır.

---

gerekli tedbirleri alır.

(5) Kişinin başkası hesabına hareket etmediğini beyan etmesine rağmen kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket ettiğinden şüphelenilmesi halinde yükümlü gerçek faydalancıcıyı ortaya çıkarmak için makul araştırmayı yapar” (m. 17).

“(1) Yükümlüler, müşterileri tarafından gerçekleştirilen işlemlerin; müşterilerinin mesleği, ticari faaliyetleri, iş geçmişi, mali durumu, risk profili ve fon kaynaklarına dair bilgiler ile uyumlu olup olmadığını sürekli iş ilişkisi kapsamında devamlı olarak izlemek ve müşterileri hakkındaki bilgi, belge ve kayıtları güncel tutmak zorundadır. Ayrıca bu müşterilerin kimlik tespitine ilişkin alınan telefon ve faks numarası ile elektronik posta adresine ilişkin bilgilerinin doğruluğu, risk temelli yaklaşım çerçevesinde gerektiğinde bu araçları kullanarak ilgiliyle irtibat kurulmak suretiyle teyit edilir. Finansal kuruluşlar sürekli iş ilişkisi dışında gerçekleştirilen işlemleri de risk temelli yaklaşımla izlemek amacıyla gerekli tedbirleri alır. Finansal kuruluşlar bu amaçlarla uygun risk yönetim sistemi oluşturur” (m. 19).

Konu ayrıntılı olarak MASAK Tebliğlerinde ([http://www.masak.gov.tr/mevzuat/sucgelirlerinin\\_aklanmasi/ulusal\\_mevzuat.htm#](http://www.masak.gov.tr/mevzuat/sucgelirlerinin_aklanmasi/ulusal_mevzuat.htm#)) düzenlenmiştir.

<sup>28</sup> Bkz. *Pulaşlı*, H.: Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010, s. 55.

<sup>29</sup> Karine, bilinen bir vaktadan bilinmeyen bir vakta hakkında kanunun veya hakimın çıkardığı sonuçlardır. Karine ile bir ihtimal hükmü kabul edilmiştir. Zira daha kuvvetli bir tecrübe kuralı bulmak ve dolayısıyla daha yakın bir sonuca varmak mümkün değilse, “çok defa böyle olur” denilerek karine kabul edilmiştir. Karineye dayanan taraf, o konuda iddiasını ispat yükünden kurtulur. Geniş bilgi için bkz. *Taşpınar*, S.: Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, C. 45, S. 1-4, s. 533-572; *Üstündağ*, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1992, s. 608.

<sup>30</sup> Ayrıca bkz. *Reisoğlu*, S.: Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, [[http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans\\_Sunumlari/SR\\_yeni\\_cek\\_kanunu\\_ve\\_degerlendirilmesi\\_07012010.pdf](http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf)] (05.10.2010), s. 3, 4; *Kırca*, 5941 Sayılı Çek Kanunu, s. 22, 23. Kanunun getirdiği karinenin, aksinin ispatının mümkün olmadığı da ileri sürülmüştür. Bkz. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 505.

4) YÇK m. 4/2'nin kabul ettiği karine, kanunun işaret ettiği ilişkilerle sınırlıdır. Kanunun öngörmediği ilişkilerde, dolaylı temsilin varlığı karinesinden yararlanılamayacaktır. Ancak genel kurallardan hareketle (BK m. 32/2) hamil, çekin tüzel kişi tacir hesabına keşide edildiğini anlar veya temsil ilişkisinin varlığını gösterebilirse karşılıksız çek dolayısıyla tüzelkişi tacire başvurabilecektir.

5) YÇK m. 4/2'de sayılan ilişkilerin varlığını ispat etmek şart değildir. Bu ilişkilerin varlığını gösteren emarelerin<sup>31</sup> bulunması halinde de aynı sonuç geçerlidir. Ortaklık, yöneticilik, temsilcilik gibi sıfatların ispatında bir güçlük bulunmasa da ortakların ilgisini, sahip oldukları etkileme gücünü gösteren ilişkilerin ispatı her zaman kolay olmayabilir. Bu ihtimallerde, maddenin işaret ettiği ilişkilerin varlığını gösteren emarelerin bulunması yeterli görülmüştür.

6) YÇK m. 4/2, ortakların ilgili oldukları veya etkileri altındaki kişileri gerçek kişilerle sınırlandırmıştır. Buna karşılık pekâlâ, tüzel kişiler de aynı ilgi veya etkileme gücü kapsamına dâhil olabilir. Bu sebeple, maddede sayılı ilişkilerin varlığı ispat edilmek şartıyla, söz konusu sıfatları taşıyan tüzel kişiler adına açılmış çek hesapları da aynı sonuca tabi tutulmalıdır.

7) Ticari faaliyetlerin kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması hedefindeki ağırlığı dikkate alınarak YÇK m. 4/2'deki karinenin uygulama alanı, sadece tüzel kişi tacirlerle (TK m. 18)<sup>32</sup> sınırlandırılmıştır.

8) YÇK'yı gerektiren sebepler arasında, kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması, keşidecinin hileli işlemlerinin engellenmesi, hamilin ve piyasanın gözetilmesi hedefleri önemli rol oynamıştır<sup>33</sup>. Genel gerekçede Kanunun, çek ile ilgili hukukî ilişkileri ve sonuçlarını düzenlemediği, çekin güvenilir bir ödeme aracı olmasına, kayıt dışı ekonominin önlenmesine hizmet edecek kamu hukuku nitelikli düzen kuralları öngördüğü ifade edilmiştir. Gerekçede zikredilen yaklaşıma karşılık kanun koyucu, çek hesabının açılmasının

<sup>31</sup> Emarelere dayanan ispat (delil başlangıcı), uyumsuzluğun esasını doğrudan ispat edememekle birlikte buna yakın vakıaların (emarelerin) gösterilmesi ile ispat yükümlüğünün yerine getirilmesidir. Emarelerle ispat konusunda geniş bilgi için bkz. *Konuralp*, H.: İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 18-29.

<sup>32</sup> Tüzel kişilerin tacir sıfatı için bkz. *Arkan*, S., *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2009, s. 119-127; *Nomer Ertan*, N. F. (*Ülgen*, H./*Teoman*, Ö./*Helvacı*, M./*Kendigelen*, A./*Kaya*, A.): *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2006, p. 645-650.

<sup>33</sup> Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe (TBMM, Dönem 23, Yasama Yılı 4, S. Sayısı 445), p. 18.

## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

dan, düzenlenmesi ve sonuçlarına varıncaya kadar maddi hukuk kuralları ve bunların hukuki sonuçları hakkında düzenlemeler sevk etmiştir. Örneğin temsile ilişkin genel ve özel hükümlerden önemli ölçüde ayrılan, hatta söz konusu hükümleri bertaraf eden (BK m. 32-40, TK m. 590) sonuçlar benimsenmiştir. Aynı doğrultuda YÇK m. 4/2'nin gerekçesinde, “tasarıyla güdülen diğer bir amaç da, tacir sıfatını haiz tüzel kişinin taraf olduğu ticarî ilişkilerde, bu tüzel kişinin borcuna karşılık olarak, organlarında görev yapan veya temsilcisi sıfatını taşıyan ya da herhangi bir gerçek kişi adına açılmış çek hesabı ile ilişkilendirilmiş çek düzenlenmesinin önüne geçmektir” açıklamasına yer verilmiştir. Muhatap banka, m. 4/2'deki ilişkilerin varlığını ispat eden ya da bu ilişkilere delalet eden emareler varsa, hamilin ödeme talebini yerine getirmek ve durumu Maliye Bakanlığı'na (Gelir İdaresi Başkanlığı) bildirmekle yükümlüdür. Fakat ödeme talebi kısmen veya tamamen karşılanmayan hamil m. 4/2'deki ilişkilere dayanarak ilgili ve asıl borçlu tüzel kişiye karşı hukuki takip yapabilecektir.

Kamu idarelerinin, emarelerden hareketle YÇK m. 4/2'deki ilişkilerin varlığını kabul ederek ilgili tüzel kişiyi sorumlu tuttuğu hallerde, açığa çıkan ve dolaylı temsilin varlığını gösteren ilişkilere mağdur hamilin yararlanamaması düşünülemez. Maddede sayılan ilişkiler çerçevesinde tüzel kişiye ait nakit işlemlerinin, bir gerçek kişi hesabından yürütüldüğünü gösteren emare ve deliller, kamu talepleri açısından nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin, söz konusu emare ve delillerin işaret ettiği ilişki dolaylı temsil olarak muamele görecektir.

### **IV) KARŞILIKSIZ ÇEK DOLAYISIYLA TÜZEL KİŞİ TEMSİLCİLERİNİN SORUMLULUĞU**

#### **A) Karşılıksız Çekin Hukuki Sonuçları Bakımından Tüzel Kişi Temsilcisinin Sorumluluğu**

Tüzel kişiler, organlarının işlemlerinden ve temsil yoluyla yapılan işlemlerden sorumludur. Temsil yoluyla çek keşide etme yasağı gerçek kişilerle sınırlıdır, tüzel kişiler adına pekâlâ temsil yoluyla çek keşide edilebilecektir (YÇK m. 2/3, 8; m. 5/2). Yetkili temsil çerçevesinde keşide edilen çekin hukuki sonuçları, tüzel kişiye aittir. Gerçek kişilerden (YÇK m. 5/3) farklı olarak, temsil yetkisi aşılarak yapılan işlemlerde TK m. 590 hükmü gereği biza-tihi temsilci kendisi sorumlu tutulacaktır. Tüzel kişinin, kusurlu davranışla-



rıyla “çekin karşılıksız”<sup>34</sup> kalmasına yol açan bu sebeple çek bedeline ek olarak faiz ve tazminat ödemesine, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına maruz kalmasına yol açan yönetici ve temsilcilerine rücu imkânı mahfuzdur.

Çekin karşılıksız çıkması halinde hamil, müracaat haklarını kullanabilecektir. YÇK, yetkisiz temsil yoluyla çek keşide edilmesinin hukuki sonuçlarından da hesap sahibini sorumlu tuttuğu için hamil, bu hallerde, TK m. 720’deki prosedürü yerine getirmek kaydıyla hesap sahibi, cirantalar ve diğer çek borçlularına karşı icra takibi yapabilecektir. Müracaat hakkı kapsamında hamil:

- a) Çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını,
- b) İbraz gününden itibaren gecikme faizini,
- c) Masraflarını,

d) Çek bedelinin binde üçünü aşmamak üzere komisyon ücretini (TK m. 722), isteyebilir<sup>35</sup>.

Ayrıca müracaat hakkının kapsamı dışında kalmakla birlikte karşılıksız çek düzenleyen keşideci, “çekin kapatılmayan miktarının yüzde beşini ödemekle mükellef olduktan başka hamilin bu yüzden uğradığı zararı tazmine mecburdur” (TK m. 695/3; TTK Tasarısı, m 783/3). Çekin, karşılıksız kalan kısmının %5’i kadar tazminat ödeme yükümlülüğü kanundan doğan ceza şartı niteliği taşır. Söz konusu tazminatı isteyebilmek için hamilin zarara uğraması veya keşidecinin kusurlu olması şart değildir<sup>36</sup>. Keşideci, etkin pişmanlıktan<sup>37</sup> yararlanabilmek için karşılıksız kalan çek bedelini temerrüt faizi (3095 sayılı Kanun m. 2/2) ile birlikte tamamen ödese bile (YÇK m. 6/1) hamil, TK m. 695/3’teki %5’lik tazminatı isteyebilecektir<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Çekin karşılıksız kabul edileceği haller için bkz. *Çolak, H.*, “3167 Sayılı Kanun’un Uygulamasında Bankaların Özen Yükümlülüğü ile Karşılıksız Çek Keşide Etmek Suçunun Cezaî Hüküm ve Sonuçları”, *Çek Hukukunun Güncel Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 2002, s. 87, 88; *Kendigelen, A. (Ülgen, H./Helvacı, M./Kaya, A.)*, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006, s. 232.

<sup>35</sup> Bkz. *Kendigelen, (Ülgen/Helvacı/Kaya)*, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006, s. 235-237.

<sup>36</sup> *Kendigelen, Çek Hukuku*, s. 306; *Öztaş, F.*: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2007, s. 324, 325.

<sup>37</sup> “Etkin pişmanlık” kavramına ilişkin eleştiri için bkz. *Kahyaoğlu, E. C.*: 5941 Sayılı Çek Kanunu ile İlgili Bazı Tesbitler, *Kazancı Dergisi* 2010, S. 67-68, s. 145.

<sup>38</sup> EÇK, TK m. 722’deki haklardan başka, TK m. 695/3’ün öngördüğü miktarın üzerinde düzeltme hakkı çerçevesinde %10 tazminat (m. 8), %12’den %20’ye kadar değişen oranlarda tazminat (m. 16c) ve gecikme faizi (m. 16a) ödeme yükümlülüğü getirdiğinden ek olarak



## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

Ayrıca YÇK m. 4/2'de bahsedilen emare ve ilişkilerin bulunması halinde, belirli kimselerin, kendi adlarına keşide ettikleri çek tacir tüzel kişiye ait kabul edildiğinden, çekin hukuki sonuçları da tacir tüzel kişiye ait olmalıdır. Hesabına çek düzenlenen tüzel kişinin aynı –muhatap- bankada çek hesabının bulunması ihtimali ve hamilin doğrudan tüzel kişi hesabından ödeme talep edebilmesi düşüncesi akla gelebilir. Ancak YÇK m. 4/2'deki karinenin aksinin ispat edilebilmesi ihtimali dikkate alınarak, mağduriyete yol açmamak bakımından, hamilin müracaat hakları çerçevesinde hareket etmesi kabul edilmelidir. Bu anlamda dolaylı temsil ilişkisine dayanarak müracaat haklarını kullanan hamil, kanundan doğan ceza şartı niteliği taşıyan TK m. 695/3'teki imkândan yararlanamayacaktır.

Tüzel kişi tacirin yapması gereken ödemeleri (bir borcun ifası, satın alınan mal veya hizmetlerin karşılığı, kira bedeli, işçilik ücretleri vs) YÇK m. 4/2'deki ilişkiler çerçevesinde bir başkasının hesabından yapması dolaylı temsil ilişkisine vücut verdiğinden, bu yolla keşide edilen çeklerden dolayı hamile karşı öncelikle keşideci sorumlu tutulabilecektir. Fakat hamil, tahsil edemediği çek bedeli için kambiyo ilişkisi çerçevesinde sebepsiz zenginleşme (TK m. 730/14; 644) ve Borçlar Hukuku ilişkilerine göre (BK m. 32/2) tüzel kişi tacire başvurabilecektir<sup>39</sup>. Bilindiği gibi üçüncü kişiler (hamil), bir temsil ilişkisinin varlığını *halden anlar* veya işlemi temsilci ya da temsil olunan ile yapması kendisi için farksız ise doğrudan temsil hükümleri geçerli olacaktır. Temsil olunana başvurabileceklerdir (BK m. 32/2).

Ödemesi gereken bir borcu ödemeyen tüzel kişi tacir zenginleşmiş olacaktır TK m. 644 şartları çerçevesinde hamil, ilgili tüzel kişi tacire de başvurabilecektir<sup>40</sup>. Sebepsiz zenginleşme davası keşideciden başka, TK m. 644/2'nin açık düzenlemesi karşısında hesabına çek keşide edilen kişilere karşı da açılacaktır. YÇK m. 4/2'deki ilişkilerin varlığında ayrıca hamilin temel ilişkiyi ispat zorunluluğu bulunmayacaktır. Bu sebeple hamil iade talebi-

<sup>39</sup> %5 tazminat talep etmek mümkün değildi. YÇK, düzeltme hakkı ve giderek artan oranda tazminat sistemini terk etmiş, etkin pişmanlık sistemini benimsemiştir. Dolayısıyla hamil, TK m. 722 ve YÇK m. 6/1 hükümlerinin bahsettiği haklar karşılanmış olsa bile, kendisine %5 tazminat ödenmesini talep edebilir (TK m. 695/3).

<sup>39</sup> Geniş bilgi için bkz. *Yavuz, Tük – İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, s. 221 vd.

<sup>40</sup> Bkz. *Ülgen, (Helvac/Kendigelen/Kaya)*, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 98-103; *Yasan, M.*, Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme, Ankara 2008; *Kendigelen, A.*, “Müracaat Hakkını Kaybeden Çek Hamilinin Başvurabileceği Hukuki Yollar”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C. I, İstanbul 2007, s. 727-740.

ni, başta keşideci olmakla birlikte keşidecinin hesabına hareket ettiği tüzel kişi tacire, iflas etmiş ise iflas masasına karşı da yöneltebilecektir<sup>41</sup>. Şüphesiz keşidecinin hesabına hareket ettiği tüzel kişi tacir, zenginleşmediğini ispat ederek iade yükümlüğünden kurtulabilir.

Hamilin talep edeceği miktar, karşılıksız kalan çek miktarıdır. Borçlu (keşideci, hesabına çek keşide edilen tüzel kişi tacir), karşılıksız kalan çek miktarı kadar zenginleşmiştir. Müracaat hakkının içeriğine ilişkin TK m. 722 ve TK m. 695/3 hükümleri uygulanamayacağından borçludan faiz, komisyon, masraf ve çek tazminatı istenemez. Ancak hamil, temsil olunan tacir tüzel kişiden sebepsiz zenginleşme şartlarının gerçekleştiği (müracaat hakkının düşmesi veya zamanaşımına uğraması) tarihten itibaren faiz isteyebilecektir<sup>42</sup>.

### **B) Karşılıksız Çekin Cezai Sonuçları Bakımından Tüzel Kişi Temsilcisinin Sorumluluğu**

Tüzel kişilerin yönetimi ve temsili, yetkinin kapsam ve şartları, tabi olduğu kanun ve statü hükümlerine göre belirlenir. Yönetim ve temsil yetkisinin kullanılmasında her bir üye bağımsız olarak yetkilendirilebileceği gibi birlikte temsil şartı ile de yetkilendirilebilir (TK m. 319). Tüzel kişilerde karşılıksız çek keşide etmekten sorumlu tutulacak olanlar, organ sıfatını taşıyan yönetici veya temsilcilerdir. Kural olarak tüzel kişi yöneticisi veya temsilcileri, aynı zamanda çekin karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişilerdir. YÇK, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olanları, tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organı üyesi, görev bölümü yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler olarak ifade etmiştir (YÇK m. 5/2). Kanunda bu kimse için “üye” denmişse de bütün tüzel kişilerde, şirketi temsile yetkili olanlar için bu sıfatın kullanılması mümkün olmaz. Öyleyse çeki, keşide edenden ziyade, kanuni ibraz süresi içinde ilgili banka hesabında, yeterli karşılığı bulundurmakla yükümlü organ görevlisi yönetici veya temsilci sorumlu tutulacaktır (YÇK m. 5/2)<sup>43</sup>. Karşılıksız çek dolayısıyla sorumlu olacak kişiler iki hal-

<sup>41</sup> Bkz. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 389, 390.

<sup>42</sup> Bkz. *Kendigelen*, Çek Hukuku, s. 320.

<sup>43</sup> Konuyla ilgili olarak POROY/TEKİNALP aynen şu düşünceye yer vermektedir: “Yetkili kişinin örtülü bir şekilde (zımni) belirtilmiş olması kabul edilemez; bu hususta çıkarsama (istidlal) ile sonuca varılamaz. Tescil yoksa tüm yönetim organı çek bedelinin sağlanmasından sorumlu tutulur” (Kıymetli Evrak Hukuku, p. 521b).

Kural olarak temsil yetkisi ticaret unvanında gösterilen konu içinde sınırlandırılmaz (TK m. 321/1). Ancak TK m. 321/2 temsil yetkisi ile ilgili iki tür kısıtlama kabul etmiştir: Yer

## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

de farklılık gösterebilecektir:

1) Çek üzerinde yazılı olan ve çeki düzenleyen kişinin organ görevlisi sıfatını taşıması,

2) İleri tarihli çeklerde organ görevlisi keşidecinin görevinin sona ermesi (azil, istifa, ölüm veya fiil ehliyetinin kısıtlanması).

Kanun koyucu tüzel kişi çeklerine ilişkin suiistimalleri engellemek istemiş, çek üzerine keşidecinin adı ve soyadının yazılmasını şart koşmuştur (YÇK m. 2/8). Görüldüğü gibi çek düzenleyebilmek için tüzel kişi temsilcilerine yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmemiş ancak sorumluluk organ görevlileri ile sınırlandırılmıştır. Bu durumda ya çek düzenleyebilmek için organ görevlisi şartını aramak ya da tüzel kişi adına çek düzenleyen organ görevlisi dışındaki temsilcilerini de sorumlu tutmak gerekirdi. Bilakis kanun koyucu, çeki keşide eden tüzel kişi temsilcisinin değil, “kanuni ibraz süresi içinde” karşılığı çek hesabında bulundurmakla yükümlü organ temsilcisinin sorumluluğunu benimsemiştir.

Kanun koyucunun karşılıksız çekin cezai sorumluluğunda *kanuni ibraz süresini* ve organ görevlisi sıfatını esas alması çeşitli sorunlara yol açacaktır:

1) YÇK m. 5/2 hükmü; VUK m. 10/1, AATUH m. 35 hükmüne paraleldir. Muhtemelen kanun koyucu bu düzenlemeden esinlenmiştir. Çek, ileri tarihli bile olsa keşide tarihten önce ödenebilir (TK m. 707/2)<sup>44</sup>. Bu anlamda

---

itibarıyla (merkez veya şube) kısıtlama ve birlikte temsil. Söz konusu kısıtlamalar ancak tescil ve ilan ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. İyi niyetli kimselere karşı temsil yetkisinin bu iki hal dışında kısıtlanması mümkün olmadığı gibi, tescil ve ilan edilmeyen kısıtlamalar da sadece iç ilişki çerçevesinde ileri sürülebilecektir (Bkz. *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005, p. 539, 540*). Dolayısıyla yönetici temsilcinin mali işlerle ilgili yetkisi, hiç değilse diğer yönetici temsilciler için temsil yetkisinin konu itibarı ile kısıtlanması anlamına gelir ki bu tür kısıtlamaların ne tescil ve ilan ne de iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün olmayacaktır (TK m. 321/4). Öyleyse iç ilişki ile ilgili tasarrufların, sorumluluk açısından tescil ve ilanını aramaya gerek yoktur. Bu anlamda mali işlerle yetkilendirilen yönetim organı görevlisinin sorumlu tutulabilmesi için YK üyelerinin aralarındaki görev dağılımını gösteren kararın varlığı (TK m. 326/3) gereklidir ve yeterlidir.

<sup>44</sup> YÇK ileri tarihli çeklerin, 31.12.2011 tarihine kadar ödenmek üzere muhatap bankaya ibrazının “geçersiz” olduğunu kabul etmiştir. Asıl olarak kredi aracı olan çeklerde vade kabulünün, ileri tarihli çeklerle ilgili korumanın isabetli olup olmadığı sorunu bir yana keşide tarihten önce çekin bankaya ibrazının “geçersiz” sayılması mümkün değildir. Zira geçersizlik hukuki işlemlere mahsus bir yaptırım türüdür. Halbuki “ibraz” maddi fiildir ve hangi gerekçeye dayandırılırsa dayandırılınsın geçersizliğinden söz edilemez. Herhalde geçersizlikten kastedilen çekin keşide tarihten önce muhatap bankaya ibrazının hukuki ve cezai işlemler için sonuç doğurmayacağıdır.

çek keşide eden temsilcinin hiç değilse yeterli karşılığın temin edilmesi ile ilgili özeni göstermesi, gerekli tedbirleri alması asıl olmalıdır (TK m. 320, BK m. 528). Yeni organ görevlisinin, tüzel kişi adına keşide edilmiş ileri tarihli çekten belki haberi bile olmayacaktır. Hâlbuki kamu (vergi) borçlarının tahsil süreci, ödeme zamanı önceden ilan edilen ve istikrar kazanan bir takvime bağlandığı için bilindiği varsayılan asli bir yükümlülüktür. YÇK ile tüzel kişi tacirlerin nitelikleri gereği tutmaları zorunlu defterler (TK m. 66/1-1)<sup>45</sup> arısına çek defterinin de dahil edilmesi yeni temsilcilerin mağduriyetini engelleyecek bir tedbir olarak değerlendirilebilir<sup>46</sup>. Ancak çek defterinin “işletmenin mahiyet ve öneminin gerektirdiği defterler” (TK m. 66/1) kapsamına girdiği düşüncesi tartışmaya açıktır. İşletmenin niteliği ve öneminin gerektirdiği defterleri tacir kendisi belirleyecektir. Bu defterlerden bir kısmı TK’da (m. 111, 326, 417, 428, 519, 748) ve diğer kanunlarda (VUK m. 195, 197, 200, 204, 205; Bank. K m. 28; Koop. K m. 89 vs) gösterilmiştir. Söz konusu defterler eksik ve gereği gibi tutulmamış ise TK m. 66/1-1’deki defterler tam ve usulüne uygun tutulmuş olsa bile defter kayıtları sahibinin aleyhine delil olarak kullanılır (TK m. 84, 1465)<sup>47</sup>. Bu durumda çek defterinde yer almayan ileri tarihli bir çek dolayısıyla yeni yönetim organı görevlileri, çek defteri kayıtlarına ve çekin varlığını bilmedikleri gerekçesine dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaklardır<sup>48</sup>. VUK mükerrer m. 196 ile kabul edilen “kambiyo senetleri defteri”ne ilişkin yükümlülük yürürlükten kaldırılmıştır. Öyleyse çek defteri ancak isteğe bağlı defter kapsamında değerlendirilebilir.

2) İleri tarihli tüzel kişi çeklerinde keşidecinin değil kanuni ibraz süresi içinde yetkili organ görevlileri ile sınırlı sorumluluk ilkesi, tüzel kişilerde ölçüsüz borçlanmaları, günü kurtarma çabalarını engelleyici değil kolaylaştırıcı bir yapıya sahiptir.

3) YK üyeleri arasında görev dağılımı yapılmayan hallerde, aksi kararlaştırılmamışsa, en az iki üyenin imzası (TK m. 321/3) ile çek düzenlenebi-

<sup>45</sup> Defter tutma yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak yaptırımı düzenleyen TK m. 67/3 hükmüne göre ilgililer, üçmilyondan otuzmilyona kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. 5252 sayılı “Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun” (RG, 13.11.2004, S. 25642) kanununun ile sözkonusu ceza 29 kat artırılmıştır (m. 4/9). Aynı Kanun, ağır para cezalarının adli para cezasına dönüşeceğini ve ödenmeyen adli para cezasının gün karşılığı yüz milyon Türk Lirası olmak üzere hapis cezasına karşılık gelmesini kabul etmiştir (m. 5).

<sup>46</sup> *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 521c.

<sup>47</sup> Bkz. *Teoman, Ö. (Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A./Nomer Ertan, N. F.): Ticari İşletme Hukuku*, p. 1427-1434.

<sup>48</sup> Aynı yönde *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 521c.

## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

lecektir<sup>49</sup>. Bu ihtimalde haklı olarak karşılıksız çekten, imza sahibi (keşideci) organ görevlilerinin sorumlu tutulmaları beklenir. Ancak YÇK m. 5/2 hükmü gereği görev dağılımı yapılmadığı için diğer organ görevlileri de karşılıksız çekten sorumlu tutulabileceklerdir ki bu sonucun adaletli olmadığı açıktır.

4) Tüzel kişi temsilcisinin görev veya yetkisi, iradi ya da irade dışı sona erdirilmiş olabilir. Kural olarak temsil yetkisinin, iradi veya irade dışı sona erdirilmesi, sorumluluk açısından bir farka yol açmaz. Bu anlamda temsil yetkisinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi de mümkündür. Bu hak kötüye kullanılmadıkça, yetkisi sona eren temsilcinin, keşide ettiği çek sebebiyle sorumluluğundan bahsedilemez. İleri tarihli çek düzenleyen ve kanuni ibraz süresi gelmeden şirketle ilişkisi kesilen yönetim organı görevlisi hakkında adli para cezasına hükmedilememekle birlikte, gerek koruma tedbiri olarak gerek güvenlik tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilecektir<sup>50</sup>.

Tüzel kişi adına ölçsüz bir şekilde borçlanan, tüzel kişinin mali gücünü zorlayacak miktarlarda çek keşide eden kimsenin sorumluluktan kurtulmak için *istifa* yolunu seçmesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu doğrultuda ibraz süresi içinde veya ileri tarihli çeklerde, kanuni ibraz süresinden kısa bir süre önce istifa ederek tüzel kişiyi, onun yönetici ve temsilcilerini zor durumda bırakan kimsenin hakkını kötüye kullandığı kabul edilmelidir. Ne var ki YÇK m. 5/2 hükmü, ayırım yapmaksızın “tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler”i sorumlu tutmuştur. Bu anlamda özensiz borçlanan, istifa hakkını kötüye kullanan temsilciler keşide ettikleri karşılıksız çek dolayısıyla ancak iştirak (TCK m. 37, 40/1) ve şartları çerçevesinde dolandırıcılık fiiline (TCK m. 157, 158) ilişkin ceza hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir.

5) Tüzel kişi adına hareket etmeye yetkili kimseler sadece bir kişi olabileceği gibi birden fazla da olabilir ve aralarında işbölümü yapabilirler<sup>51</sup>. Ör-

<sup>49</sup> TK m. 692/b.6, çekin şekil şartı olarak keşidecinin imzasını yeterli kabul etmiştir. Hâlbuki YÇK m. 2/8'e göre, tüzel kişi adına çek düzenleyen kişinin adını ve soyadını çek üzerine açıkça yazması şarttır. Ancak, YÇK m. 2/7-8'deki şartları taşımaya bile, TK'daki unsurları taşıyan çek geçerliliğini muhafaza eder (YÇK m. 2/10). Ayrıntı için II-B-1 “yönetim organı görevlilerinin tüzel kişi adına çek düzenlemesi” başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.

<sup>50</sup> YÇK m. 5/4 gerekçesi. Ayrıca bkz. *Çağlar*, 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, s. 8 vd.

<sup>51</sup> Bkz. *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, p. 535-540; *Kırca*, İ.:

neğin bir anonim şirkette YK üyeleri işbölümü yapmışlarsa (TK m. 319), YK üyeleri üstlendikleri görevlerle ilgili sorumluluğa bizzat katlanmak zorundadırlar (TK m. 336/2, 342, 346). Hatta TK m. 319/2 hükmü çerçevesinde yönetim yetkisi pay sahibi olmayan kimselere (murahhas müdür) bile devredilebilir: “Şirket muamelelerinin icra safhasına taalluk eden kısmı, esas mukavele veya umumi heyet veya idare meclisi kararıyla idare meclisi azasından veya ortaklardan olmayan bir müdüre tevdi edildiği takdirde; müdür, ka- nun veya esas mukavele yahut iş görme şartlarını tespit eden diğer hükümlerle yükletilen mükellefiyetleri, gereği gibi veya hiç yerine getirmemiş olması halinde idare meclisi azasının mesuliyetlerine ait hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklarına karşı mesul olur. Bu esas aykırı bir şartın esas mukaveleye konması veya müdürün idare meclisinin emri ve nezareti altında bulunması mesuliyeti bertaraf edemez” (TK m. 342, 346). Bu sebeple YÇK m. 5/2’nin sadece yönetim organı görevlileri ile sınırlı sorumluluk anlayışı, genel hükümlerin benimsediği sorumluluk anlayışına aykırıdır. YÇK m. 5/2 hükmüne göre ilgili tüzel kişilerin yönetim organı dışında yönetim görevi ile yetkilendirdiği ortak ya da ortak dışındaki kimselerin karşılıksız çek keşide etmekten dolayı sorumlu tutulabilmeleri mümkün olmayacaktır.

Dolaylı temsil yolu ile keşide edilen çekin cezai sonuçlarından sorumlu olanlar, YÇK m. 5/2-4 gereği kendi hesabından çeki düzenleyen ve tüzel kişi tacir ile öngörülen ilişkilere sahip gerçek kişilerdir (YÇK m. 4/2)<sup>52</sup>. Ayrıca tüzel kişiye ait kabul edilen ve kısmen veya tamamen ödenmeyen çek dolayısıyla, şartları çerçevesinde, söz konusu çeki düzenleyen gerçek kişi ile ilgili ya da onu etkileyen yönetici, temsilci yahut ortaklar iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilirler<sup>53</sup>.

### **C) Beyanda Bulunma Yükümlülüğü Açısından Temsilin Önemi**

Tüzel kişiler adına çek hesabı açabilmek için öncelikle, tüzelkişinin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı yönünde yazılı beyanda

---

Ticaret Şirketlerinde Birlikte Temsile Yetkili Kişilerin Birbirlerine Tek Başına İşlem Yapma Yetkisi Vermeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 57, S. 3, s. 455-462.

<sup>52</sup> Tüzel kişi temsilcilerinin de sorumlu tutulacağını kabul eden görüşler vardır. Bkz. *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku, p. 506a.

<sup>53</sup> İlgili kimseler (YÇK m. 4/2) iştirak hakkındaki hükme göre sorumlu tutulacaklarından YÇK m. 5/2’deki organ görevlileri ile sınırlı sorumluluk ilkesi geçerli olmayacaktır. “Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur” (TCK m. 37; 40/1).

## *Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları*

bulunmak gerekir. Tüzel kişilerde, gerçek kişilerden farklı olarak, organda görev yapan kişi ve temsilcilerin de tüzel kişi adına çek hesabı açabilmek için çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmaması gerekir. Bu anlamda organ görevlisi temsilcilerle ilgili çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının, tüzel kişiyi de etkilediği, bu sebeple tüzel kişiye çek defteri verilemeyeceği açıktır (YÇK m. 2/4)<sup>54</sup>.

Bir tüzel kişinin organında görev yapan kişilerin veya temsilcilerinin keşide ettikleri çek, etkilerini tüzel kişinin malvarlığı alanında doğurur. Hesap sahibi (temsil olunan tüzel kişi) adına hareket eden, dolayısıyla herhangi bir borç üstlenmeyen temsilcinin kendi sorumluluğu ile ilgili şahsi kısıtlamaların tüzel kişiyi etkileyecek şekilde genişletilmesinin isabetli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Bilindiği gibi tacirin iflası, ticari mümessillik görevini sona erdirir<sup>55</sup>. Ancak çoğunluk görüşüne göre, iflasına hükmedilmiş bir kimse ticari mümessil olarak atanabileceği gibi<sup>56</sup>; ticari mümessilin sonradan iflası görevini sona erdirmez<sup>57</sup>. Bu doğrultuda temsil olunan adına hareket ettiğinden temsilcinin, kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi için tam ehliyetli olması da şart değildir<sup>58</sup>. Anlaşılan kanun koyucu, çekin aynı zamanda bir güven ilişkisine dayanması sebebiyle yönetici veya temsilcilerin geçmişteki şaibeli sıfatlarının tüzel kişiyi olumsuz yönde etkilemesi endişesini bertaraf etmek istemiştir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı ile malul kimselelerin, tüzel kişi yönetimi ve temsilinde görev ve inisiyatif almaları arzu edilmiştir. Her türlü şüpheyi ortadan kaldırmak bakımından, “hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı bulunan gerçek kişinin, yönetim organında görev yaptığı, temsilcisi veya imza yetkilisi olduğu tüzel kişiye çek defteri verilmez” (YÇK m. 2/4)<sup>59</sup> hükmü, ideali ifade etmekle birlikte, kendi

<sup>54</sup> Karşılıksız çek düzenleyen, adına karşılıksız çek düzenlenen ve ileri düzenleme tarihli çeklerde kanunî ibraz süresi içinde karşılığı ilgili banka hesabında bulundurmayan gerçek ve tüzel kişi hakkında, karşılıksız çıkan her bir çekle ilgili olarak, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilir (YÇK m. 5/4).

<sup>55</sup> BK m. 35'e göre, aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliği aksi sonucu gerektirmedikçe temsil olunanın ve temsilcinin iflası temsil yetkisini sona erdirir.

<sup>56</sup> Karahan, S.: Ticari İşletme Hukuku, Konya 2009, s. 279.

<sup>57</sup> Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 175; Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s. 285 ve dpn. 40'da işaret edilen yazarlar.

<sup>58</sup> Bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 396, 397; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 159; Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 78.

<sup>59</sup> Maddede, hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı bulunan gerçek kişilerle ilgili tüzel kişiye “çek defteri verilmez” dense de herhalde arzu edilen sonuç “çek hesabı açılmaması”dır. Aynı yönde bkz. Kendigelen, Çek Hukuku, s. 423 ve dpn. 19.



içinde çelişkili, ağır bir hükümdür. Böylece kanun koyucu; tüzel kişilerin yönetim ve temsilinde takip ettiği hassasiyetini, karşılıksız çek düzenleyenlerin sorumluluk alanını daraltarak adeta ihmal etmiş olmaktadır. Zira sorumluluk açısından fiile sebep olandan ziyade belirli sığata sahip olanların dikkate alınması, organ görevlisi sıfatını taşımayan fakat çek düzenleyebilme imkânı kabul edilen temsilci ve yöneticilerin istismarına yol açabilecektir.

Tüzel kişinin karar organlarının (genel kurul, ortaklar kurulu), hukuki sorumluluğu üzerinde taşıyan ilgili kurullarının (yönetim kurulu) güvenini kazanan, yönetici veya temsilci (müdür) olarak atanan kimsenin şahsına ait engeller tüzel kişi için de kısıtlama sebebi olarak muamele görmemelidir<sup>60</sup>.

Tüzel kişiler (tacir olan veya olmayan) hem kendisi<sup>61</sup> hem de yönetim organında görev yapan, temsilcisi olan ya da imza yetkilisi olan kişiler için çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı hususunda beyanda bulunacaktır. Beyan yükümlülüğü, tüzel kişinin yöneticisi veya temsilcisine aittir. Beyanname almadan veya beyanname ile sabit yasağa rağmen bu kişilere çek defteri verilirse, işlemi yapan banka görevlisi adli para cezası ile cezalandırılır (YÇK m. 7/3). Ayrıca bankaya, gerçek dışı beyanda bulunan, hakkındaki çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına rağmen çek düzenleyen kişi hapis cezası ile cezalandırılır (YÇK m. 7/3, 6).

<sup>60</sup> Ayrıca bkz. *Helvacı, M.: Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*, BATİDER, C. XXV, S. 4, 2009, s. 242, 243; *Kendigelen, Çek Hukuku*, s. 423; *Pulaşlı: Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat*, s. 22, 23; *Çağlar, 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı*, s. 17, 18. Düzenlemeyi olumlu bulan yazarlar da vardır. Bkz. *Narbay, Ş.: 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi*, Terazi Hukuk Dergisi 2010, S. 43, s. 70, 72

<sup>61</sup> Tüzel kişiler hakkında da koruma tedbiri ve güvenlik tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilir. YÇK'nın öngördüğü güvenlik tedbiri, TCK'ın m. 53'ün kabul ettiği güvenlik tedbirinden farklıdır. YÇK güvenlik tedbirini, ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak ortaya çıkması şartına bağlamamıştır. Örneğin limited şirkette temsilci çeki düzenleyip, şirketten ayrılmışsa, sözkonusu temsilciye adli para cezası verilmeyecek ancak güvenlik tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilecektir (YÇK m. 5/4). Bkz. Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, (TBMM, Dönem 23, Yasama Yılı 4, S. Sayısı 445), s. 12. Güvenlik tedbirleri konusunda geniş bilgi için bkz. *Artuk, M. E.: Güvenlik Tedbirleri*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. XII, S. 1-2, s. 461-492.



## SONUÇ

1) YÇK, tüzel kişiler adına çek keşide edebilecek yönetici ve temsilciler bakımından bir sınırlama getirmemiş, fakat karşılıksız çıkan çekler dolayısıyla sorumluluğu organ görevlisi sıfatını taşıyan temsilcilerle sınırlandırmıştır. Organ görevlisi ile sınırlı sorumluluk anlayışı, TK'nın organ görevlileri arasındaki işbölümü ve sorumluluk anlayışına ters düşmüştür.

2) Organ görevlilerinin sorumluluğu açısından kanuni ibraz süresinin esas alınması istismara açık olduğundan (istifa hakkının kötüye kullanılması, kötü yönetim vs) başta tüzel kişi olmak üzere yeni organ görevlileri, pay sahipleri (üyeler) ve alacaklılar zarar görebilecektir.

3) YÇK m. 4/2, tüzel kişi tacirlerin başka kimseler üzerinden borçlanarak çek keşide etmeleri ihtimalini dikkate alarak bir kanuni karine benimsemiştir. Bir gerçek kişinin YÇK m. 4/2'nin işaret ettiği ve ispatı açısından emarelerin yeterli görüldüğü belirli ilişkiler çerçevesinde, kendi hesabından keşide ettiği çekler, söz konusu gerçek kişinin ilgili olduğu tüzel kişi tacire ait kabul edilmiştir. YÇK m. 4/2'nin öngördüğü ilişkiler söz konusu gerçek kişi ile tüzel kişi tacir arasındaki temsil (dolaylı) ilişkisinin de kabulünü gerektirir.

4) YÇK m. 4/2 hükmü (dolaylı temsil) çerçevesinde düzenlenen ve karşılıksız çıkan çek dolayısıyla hamil, tüzel kişi tacire başvurabilecektir. Hamil, ayrıca tüzel kişi taciri Borçlar Hukuku hükümlerine göre de takip edebilecektir.

**KAYNAKLAR**

**Arkan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009.

**Artuk, M. E.:** “Güvenlik Tedbirleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. XII, S. 1-2, s. 461-492.

**Çağlar, H.**, “5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 1-20. Makaleye ulaşılabilecek web adresi: [http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/13\\_1.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/13_1.pdf) (12.11.2010).

**Çolak, H.**, “3167 Sayılı Kanun’un Uygulamasında Bankaların Özen Yükümlülüğü ile Karşılıksız Çek Keşide Etmek Suçunun Cezai Hüküm ve Sonuçları”, Çek Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 2002, s. 82-103.

**Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

**Helvacı, M.:** Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, BATİDER 2009, C. XXV, S. 4, s. 229-251.

**Kahyaoğlu, E. C.:** 5941 Sayılı Çek Kanunu ile İlgili Bazı Tesbitler, Kazancı Dergisi 2010, S. 67-68, s. 140-148.

**Karahan, S.:** Ticari İşletme Hukuku, Konya 2009.

**Kendigelen, A.:** Çek Hukuku, İstanbul 2007.

**Kendigelen, A.**, “Müracaat Hakkını Kaybeden Çek Hamilinin Başvurabileceği Hukuki Yollar”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan C. I, İstanbul 2007, s. 727-740.

**Kılıçoğlu, A.:** Borçlar Hukuku, Ankara 2007.

**Kırca, İ.:** 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010.

**Kırca, İ.:** Ticaret Şirketlerinde Birlikte Temsile Yetkili Kişilerin Birbirlerine Tek Başına İşlem Yapma Yetkisi Vermeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 57, S. 3, s. 455-462.

**Konuralp, H.:** İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.

**Narbay, Ş.:** 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, S. 43, 2010, s. 65-97.

**Özgeç, İ.:** Çek Kanunu, Ankara 2010.

**Öztañ, F.:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2007.

**Poroy/Tekinalp,** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2010.

**Poroy/Tekinalp/Çamoğlu,** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005.

**Pulaşlı, H.:** Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010.

**Reisoğlu, S.:** Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, [[http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans\\_Sunumlari/SR\\_yeni\\_cek\\_kanunu\\_ve\\_degerlendirilmesi\\_07012010.pdf](http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf) (05.10.2010)] s. 1-19.

**Taşpınar, S.:** “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, C. 45, S. 1-4, s. 533-572.

**Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A.),** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006

**Ülgen, H./Teoman, Ö./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A./Nomer Ertan, N. F.:** Ticari işletme Hukuku, İstanbul 2006.

**Ülgen, H.,** Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005.

**Üstündağ, S.:** Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1992.

**Yasan, M.,** Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme, Ankara 2008.

**Yavuz, C.:** Tük – İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

**Yıldız, Ş.,** “Doğrudan Doğruya İradi Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller”, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008, s. 41-65.

BOŞ

# IMPOSSIBILITY IN TURKISH LAW

İpek YÜCER\*

## GENEL OLARAK İMKANSIZLIK

### Özet

İnsanlar gerek günlük yaşantılarında gerekse iş hayatlarında her gün çeşitli gereksinimlerle karşılaşır. Bu gereksinimler ancak başkaları ile borç ilişkileri, özellikle de sözleşmeler kurmak suretiyle giderilebilir. Sözleşmeler, taraflar arasında borç ilişkisi doğuran, tarafların birbirlerine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile kurulan hukuki işlemlerdir. Sözleşmelerin konusu ve kuruluş amacı, kişilerin gereksinimlerine yönelik edimlerdir. Türk Borçlar Hukukuna göre, kişiler sözleşme yapıp yapmamakta, sözleşme taraflarını seçmekte ve sözleşme konusu edimleri belirlemede serbesttirler. Buna sözleşme özgürlüğü ilkesi denir. Ancak, bazı hallerde bu ilke sınırlanmaktadır. Bu sınırlamalardan birini de “imkansızlık” oluşturmaktadır.

İmkansızlık, borçlanılan edim yükümünün ya bastan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen fiili veya hukuki engeller olarak tanımlanabilir.

Makalemizin konusunu edimin, sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulduğu sırada mevcut objektif, sürekli, fiili veya hukuki bir engel sebebiyle, borçlu da dahil hiç kimse tarafından ifa edilememesi olarak tanımlanan, başlangıçtaki imkansızlık oluşturmaktadır.

Başlangıçtaki imkansızlık, doktrindeki hakim görüşe göre, edimin borçlu da dahil üçüncü kişiler tarafından ifa edilip edilememesi ölçüsü esas alınır, başlangıçtaki objektif imkansızlık, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu iki tür başlangıçtaki imkansızlık haline farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır.

İnsanların gereksinimlerini karşılama aracı olan sözleşmelerin geçersiz olmasına neden olan başlangıçtaki imkansızlık, bu yönüyle borç ilişkilerinde büyük bir öneme sahiptir.

**Anahtar Kelimeler:** imkansızlık, başlangıçtaki imkansızlık, sübjektif imkansızlık, sözleşme

---

\* Research Assistant ( Department of Civil Law ) at Başkent University Faculty of Law.

**IMPOSSIBILITY IN TURKISH LAW**

**Abstract**

*The human beings have to face various needs both in their daily lives and in their professional lives everyday. These needs can be overcome by debt relations with others, especially by establishing contracts. The contracts are legal transactions which create debt relations between the parties by the declaration of mutual agreement and consent. The subjects and objects of the contracts are the activities to meet the parties' needs. According to the Turkish Code of Obligations, the parties are free in signing a contract; choosing the contracting party and determining the subjects of the contract. This is called the Principle of Freedom for Contracts. However, in some cases, this principle is limited. One of such limitations is the "impossibility".*

**Key Words:** *impossibility, initial impossibility, subjective impossibility, contract*

**INTRODUCTION**

Impossibility may be defined as the actual or legal restrictions that do not allow the debtor or another person to repay the debt in an objective, continuous and definite way from the beginning on.

The subject of our article is the impossibility, which is defined as the failure in the action by anybody, including the debtor, and before or latest during the establishment of the contract due to existing objective, continuous, actual or legal hindrance.

According to the dominant opinion in this doctrine, the initial impossibility is examined under two subtitles: the initial objective impossibility and the initial subjective impossibility in regard to the criteria whether the action can be realised or not realised by the third persons, including the debtor. There are different legal results of these two types of initial impossibility.

In this regard, the initial impossibility, causing the invalidity of the contract which is a tool for meeting the requirements of the people, has a great importance in debt relations.

Within the frameworks of these explanations; our article consists of one introduction, four sections and one conclusion. In the Introduction of our thesis, the concept of impossibility; in the first section, the concept of impossibility; in the second section, the views about impossibility; in the third

section, differences between impossibility and similar concepts and in the fourth section; the role of impossibility has been discussed. In the conclusion section, we have emphasized the points which we found important during our research.

## **1. THE CONCEPT OF IMPOSSIBILITY**

The contracts are the types of legal relationships, which supply the legal relationships that they want with their declaration of intention. The contracts are the instrument of the principle of liberty of contracts. The acts of contracts appertain the parts of contract's declaration of intention in the limits of legal rules. This is called "liberty of contracts"<sup>1</sup>. But in many situations, this liberty can be limited. The one of the this limitation is "impossibility".

Turkish law of obligations and Turkish civil code regulate this concept in their many provision but they don't describe it. When we analyse Turkish law of obligations, we can see that it gives way to this concept in their provisions of 20, 96 and 117.

"Impossibility" composes the one of the reason of the performance barriers. Actually, impossibility is a performance barrier which is continual, permanent and basic. For this characteristic, impossibility contrasts with default. The importance of impossibility arises in not to bring the debtor for specific performance<sup>2</sup>.

The legislator doesn't describe the impossibility and lets the definition of impossibility to the jurisprudence. In the jurisprudence, the impossibility is described in different definitions.

One vision<sup>3</sup>, describes the impossibility as the continuous impossibility in specific performance by the debtor without affecting the performance. On the other hand, the other vision<sup>4</sup> which we also adhere, describes the

<sup>1</sup> Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 270.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 483.; Schwarz, Andreas B.: *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çeviren: Davran, Bülent, I.Cilt, İstanbul 1948, s. 326.

<sup>2</sup> Serozan, Rona: *İfa, ifa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 3.Cilt, 4.Bası, İstanbul 2006, s. 163.

<sup>3</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 163.

<sup>4</sup> Eren, s. 295.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 542.; İnan, Ali Naim: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1984, s. 503.; Ayan, Mehmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Konya 2002, s. 325.; Akıntürk, Turgut: *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara 1966, s. 33.; Velidedeoglu, Veldet/ Özdemir, Refet: *Borçlar Kanunu Serhi*, Ankara 1987, s. 52.; Oguzman, Kemal/ Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 77.

impossibility as, the actual and legal barriers which counteract the performance with objective, continual and absolute ways by the debtor or another one in the begining or afterwards or counteract to arise the valid act.

Impossibility can contain one or more performance. Also, the impossibility of the performance of act can be discussed in secondary acts. Actually, impossibility related to product of acts. But sometimes impossibility can be discussed in effect of acts<sup>5</sup>.

Impossibility actually, discusses morsel debts, close breed debts and clannish acts<sup>6</sup>. Impossibility can be discussed in lesser acts. For example, according to Code of Construction, there is a limitation about the height of buildings. If someone engages to create a building with against the Building Code, in this relation the debt can't occur. Because, this causes initial impossibility<sup>7</sup>. But the existing of the acts can't be impossible in money debts and in spesific obligations<sup>8</sup>.

It can be said that; impossibility occurs because of the non active acts. But, in this situation the question is when the acts become impossible. This question's answer is answered by two views.

## **2. THE VIEWS ABOUT IMPOSSIBILITY**

### **A. LOGICAL ( PHILOSOPHICAL) IMPOSSIBILITY VISION**

According to this views supporters, impossibility can be discussed only when the act can't be exercised because of the logical rules. In other words, the acts which are impossible because of the logical rules, have to be deemed impossible, too. In these situations, exercising the act is impossible for everyone<sup>9</sup>. For example; a commitment about a machine which haven't been invented yet, is a logical impossibility<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Altunkaya, Mehmet: Edimin Baslangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s. 90.

<sup>6</sup> Altas, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2003, s. 185.

<sup>7</sup> Turkish Supreme Court of Appeals HGK, 27.02.1985 T., 15-74 E., 254 K.: " The act, which is agreed between sides, is impossible. Because of according to the Regulation about Disaster Affairs, building a five storeys structure, which is the subject of the act, is impossible. For this reason the building contract is invalid."

<sup>8</sup> K.Altas, Eser, s. 195.; Altunkaya, s. 90.; Gauch, Peter: Werkvertrag, 4. Auf., Zürich 1996, s. 145. Bu yazar için bkz., Altunkaya, s. 13.

<sup>9</sup> Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 112.; Brox: Allgemeines Schuldrecht, München 1969, s. 224.; Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band, allgemeiner Teil, vierte durchgesehene Auflage, München 1968, s. 249. Bu yazarlar için bkz. Dural, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 9.

<sup>10</sup> Başpınar, s. 112.



## *Impossibility In Turkish Law*

Logical impossibility doesn't always consist of the logical rules. An act which is possible in logical rules is impossible in application. For that reason, impossibility doesn't only consist of the logical rules but also consists of application<sup>11</sup>.

On the other hand, sometimes a legal rule can prevent the act although the logical rules allow this. In these situations, legal impossibility in specific meaning occurs<sup>12</sup>. For example, a legal rule that regulates an area which is forbidden to be built causes the legal impossibility. In fact Turkish Supreme Court of Appeals have some decisions about that<sup>13</sup>.

Legal impossibility in specific meaning can be caused by on act that against the law and morality or government actions or expropriation, too<sup>14</sup>.

It is polemical in jurisprudence that when there is a ban about importation or debarkment, why the contract disables, because of legal impossibility or contradiction to law. For some authors, in this situation there is a legal impossibility. Because this act is possible in logical rules<sup>15</sup>. On the other hand the other authors believe that these acts are not appropriate because of the contradiction to law. Because, in this situation there is a forbidden legal rule which bars the exercising<sup>16</sup>. Despite the forbidden legal rule, if someone exercises the act, the legal rule is disturbed and this cause the contradiction to law. If this condition is evaluated in the provisions that regulate the impossibility, the nullity which applicates the contract rescues the parties to the liability, despite the forbidden rule.

The other argument is about the existence of legal impossibility. According to some authors, there musn't be a concept like legal impossibility.

---

<sup>11</sup> Dural, Mustafa: İmkansızlık Kavramı ve Türleri, (BATİDER, 7.Cilt, 1.Sayı, Ankara 1973, s. 13-57), s. 14.

<sup>12</sup> Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 10.

<sup>13</sup> Turkish Supreme Court of Appeals 15.HD, 29.06.1977 T., 971 E., 1438 K.: "The sides agreed an act about after getting domes' experiences in Turkey, to prepare the building Project in the contract. But, because of getting domes' experiences in Turkey is impossible, the contract is invalid."

<sup>14</sup> Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 12.

<sup>15</sup> Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 23.

<sup>16</sup> Baspınar, s. 114.; Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, Çeviren: Edege, Cevat, Cilt: 1-2, Ankara 1983, s. 262.; Akyol, Sener: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 15.

Because if an act is impossible, the reason is always a logical rule<sup>17</sup>. But the other authors find that if the government bars an act with a regulation or a rule, this condition has to be named legal impossibility<sup>18</sup>.

## **B. LEGAL IMPOSSIBILITY VISION**

If an act can't be exercised by anyone, because of the imperious legal rule, legal impossibility is discussed<sup>19</sup>. For example, the parties can't make a contract about a real right which is not regulated in law. Because there is a principle which orders the limitation (numerous clauses) of real rights in Turkish Civil Law. So, if the parties agree on like a this act, the contract is null because of the legal impossibility<sup>20</sup>.

When a legal rule bans an act, the act becomes impossible in practice, too.

The subject of the contradiction to law and ethics that arise afterwards to cause impossibility, is arguable in jurisprudence<sup>21</sup>.

In our opinion, like the impossibility which arises before the contract, if a legal rule comes into effect after contract is made, the legal impossibility occurs, too<sup>22</sup>. For example, if a builder can't exercise his or her act because of the amendment in Code of Constuction, the exercise of the contract is impossible<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Recht, Jena 1900, s. 14-16., Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, in Abhandlungen zum Privat und Zivilrecht des deutschen Reichs, herausgegeben von Otto Fischer, 15.Band, 1.Heft, München 1906, s. 252. Bu yazarlar için bkz. Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 13.

<sup>18</sup> Kornfeld: Leistungsunmöglichkeit, eine zivilrechtliche Studie unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1913., s. 12. Bu yazarlar için bkz.Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 15.

<sup>19</sup> Eren, s. 297.; Baspınar, s. 113.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 17.; Altunkaya, s. 95.; Altas, Hüseyin: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1991, s. 9.; İnan, Ali Naim: Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen recht, Freiburg 1956, s. 3.; Medicus, Dieter: Schuldrecht I.Allgemeiner Teil, 9.Auf., München 1996, s. 367. Bu yazarlar için bkz. Altunkaya, s. 95.

<sup>20</sup> Altunkaya, s. 96.

<sup>21</sup> Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 23.

<sup>22</sup> Altunkaya, s. 96.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 23.; Eren, s. 996.

<sup>23</sup> Altunkaya, s. 97.; Oguzman, Kemal / Öz, Turgut, s. 77.

## ***Impossibility In Turkish Law***

Also, if a legal rule is changed after making the contract about an act that is impossible in law in the beginning of the legal relationship, the legal impossibility continues its effect<sup>24</sup>.

For the legal impossibility, the act can't be exercised by anyone. The temporary bars don't create the legal impossibility<sup>25</sup>.

When we analyse two visions about the impossibility, we can say that, impossibility not only deals with the creation of application, but also has to deal with existing legal rules. In fact, if the impossibility is analysed only with practises or legal rules, its scope is became get narrow<sup>26</sup>.

### **3. THE DIFFERENCES BETWEEN IMPOSSIBILITY AND THE SIMILAR CONCEPTS**

Sometimes, exercising the act is impossible for the reason of demander or debtor or contract. But these cases musn't be evaluated in the concept of impossibility. For that reason, these concepts have to be discriminated from the concept of impossibility<sup>27</sup>.

#### **A. IMPOSSIBILITY AND IMPRACTISIBILITY**

First of all, the concept of impossibility is different from the concept of exceeding difficulty of exercising. In the exceeding difficulty of exercising, the exercising of act is possible, but it is hard for the debtor's economic situation<sup>28</sup>. In other words, the exceeding difficulty of exercising the circumstances in the period of making the contract is different from the circumstances that in the period of exercising the act. For example, when exercising a leasing agreement which is made with foreign money can so hard for the debtor, because of the reason of inflation or devaluation. In these case the exceeding difficulty of exercising occurs<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Turkish Supreme Court of Appeals 13.HD, 05.06.1987 T., 3145 E., 3346 K.: " The act of contract, which is about sale of property, is impossible because of the building code at the contract date. But, amendmending the building code can't effect this invalidity."

<sup>25</sup> Altunkaya, s. 97.; Tunçomag, Kenan: Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 4. Bası, İstanbul 1976, s. 469.

<sup>26</sup> Eren, s. 295.; Altas, Eser, s. 186.; Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delictrecht, Zürich 1988, s. 417. Bu yazar için bkz. Altunkaya, s. 100.

<sup>27</sup> Eren, s. 297.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 26.; Reisoglu, s. 355.

<sup>28</sup> Oguzman/ Öz, s. 449.; Altunkaya, s. 146.

<sup>29</sup> Turkish Supreme Court of Appeals HGK, 15.10.2003 T., 13-559 E., 559 K.

As a result these concepts are different from each other. Because, if a case of exceeding difficulty of exercising is applied the provisions of impossibility, the debtor is rescued from his or her debt. But for the debtor, it can be more important to exercising his or her debt<sup>30</sup>. Also, in the exceeding difficulty of exercising the exercising of act is possible, but in impossibility it is impossible for anyone<sup>31</sup>.

According to current general opinion, the problem of necessity of provisions in the exceeding difficulty of exercising is analysed with the principles of integrity rule and abusing the right rule<sup>32</sup>.

## **B. IMPOSSIBILITY AND ADAPTATION OF CONTRACT**

In the Contract Law, the main principle of “pacta sunt servanda” prevails. According to this principle, although the conditions change, the parties have to exercise their acts<sup>33</sup>. But, in spite of this principle, the conditions affect one of the party’s interests, the base of operation crumbles<sup>34</sup>. In other words, if the facts that form the base of operation changes in fundemantel form, the base of operation crumbles<sup>35</sup>. In these situations, we wait for the debtor to exercise the act against the integrity rule. For that reason, the adaptation of contract is accepted<sup>36</sup>. Consequently, the contract adapts to new conditions, it is called “adaptation of contract”.

The concept of adaptation of contract and the concept of impossibility are different from each other. Because, in the adaptation of contract exercising the act is possible and defect of the debtor is not important. But, in the impossibility, the act can’t be exercised from anyone and the defect of the debtor is so important for the legal responsibility<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Altunkaya, s. 147.

<sup>31</sup> Altunkaya, s. 148. ; Tuñçomag, Kenan: Alman Hukukunda Borcun İfasında Asırı Güçlük İle İlgili Objektif Görüşler, (İÜHFM, 32.Cilt, Sayı: 2-4, s. 884-905), s. 887.

<sup>32</sup> Reisoglu, s. 356.

<sup>33</sup> Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2005, s. 179.; Serozan, İfa Engelleri, s. 258.

<sup>34</sup> Altunkaya, s. 142.; Kocayusufpasaoglu, Necip: İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olaganüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Sart Mıdır?, ( Kemal Oguzman Anısına Armagan, İÜHFD, İstanbul 2000, s. 503-514), s. 503.

<sup>35</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 259.

<sup>36</sup> Kılıçoğlu, s. 181.; Altunkaya, 142.

<sup>37</sup> Kılıçoğlu, s. 485.;Altunkaya, s. 146.

### **C. IMPOSSIBILITY AND MISEXERCISING**

If the act is not exercised according to contract or the quality of act is defective or faulty, misexercising occurs<sup>38</sup>. For exercising the acts according to the contract, the factors of the exercising have to be fulfilled. The exercising has to be realized in a method which is agreed. If one of the factor of the exercising is missing, the misexercising arises.

In the misexercising the debtor exercises the act or makes an exercise attempt. But in impossibility, anyone can exercise the act. The acts are divided into three types. The act can be making act, may be lesser act or cession act. The cesser acts are not discussed the misexercising. In these acts only impossibility can be discussed<sup>39</sup>.

The main measurement which divides these two concepts is, in the impossibility the act can't that be exercised, but in the misexercising the act can be exercised. But this exercising doesn't suit the contract<sup>40</sup>.

### **D. IMPOSSIBILITY AND DEFAULT**

Default is detention in exercising. Default is divided into two types. They are called, debtor's default and demander's default. In the demander's default, the act which the debtor exercises is not accepted by the demander without a justifiable reason<sup>41</sup>. On the other hand, in the debtor's default, the debt which matures is not exercised by the debtor in the period that is agreed<sup>42</sup>.

Impossibility is a concept in which the debtor can't exercise the act, even if he or she wants. But, default is a concept in which although debtor or demander can exercise the act, they don't want to exercise it in the period that is agreed<sup>43</sup>.

Impossibility shouldn't be confused with default. But, sometimes impossibility can arise after the default. The possibility which the debtor can exercise the act after is the main difference between the impossibility and

---

<sup>38</sup> Akıncı, Sahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2006, s. 239.; Eren, s. 1005.; Kılıçoğlu, s. 486.; Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara 1985, Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 77.

<sup>39</sup> Eren, s. 1006.; Aral, Tez, s. 74.

<sup>40</sup> Altunkaya, s. 148.

<sup>41</sup> Eren, s. 1045.;Kılıçoğlu, s. 486.

<sup>42</sup> Eren, s. 1045.;Kılıçoğlu, s. 495.

<sup>43</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 241.

default. Also, sometimes these two concepts can collide with each another. In these cases, the most suitable way must be found and applied<sup>44</sup>.

In some cases, especially in absolutely timed operations and in continual debt relations, losing the period gives rise to the latter impossibility. For example; a debtor which can't train the passengers on time, doesn't cause the default. Because there is an impossibility in here.

#### **4. THE ROLE OF IMPOSSIBILITY**

##### **A. IMPOSSIBILITY IS THE REASON OF NULLITY**

According to Turkish Obligation Law, if the subject of a contract is not possible, this contract is impossible. Here the focus is the initial impossibility. In this situation, the contract that is impossible because of the practical or legal reasons, follows the nullity and it is invalid from the beginning. For the nullity, the impossibility has to be about the subject of the contract and it has to affect to everyone.

The contract which is invalid because of the nullity doesn't create any award and result from the beginning. But, while making the contract, a party knows or has to know the impossibility, in this situation that party has to make up the other party's reliance interest<sup>45</sup>.

##### **B. IMPOSSIBILITY IS A REASON THAT RESCUE THE DEBTOR FROM THE DEBT**

According to Turkish Obligation Law, if the impossibility arises after making the contract and if the debtor hasn't got any fault, the debtor rescues from his or her debt. In this situation, the contract doesn't follow the nullity, but the debtor is rescued from his or her debt.

For the impossibility which rescues the debtor from the debt is not important that it is objective or subjective. If the impossibility is not grounded on the debtor's defect, the debtor is rescued from his or her debt<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Serozan, İfa Engelleri, s. 215.

<sup>45</sup> Eren, s. 299.; Reisoglu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006, s.116.; Serozan, İfa Engelleri, s. 162.;Tekinay/ Akman/ Burcuoglu/ Altop, s. 1208.

<sup>46</sup> Eren, s. 297.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 12.; Kemal/ Öz, Turgut,s.77.; Tekinay/ Akman/ Burcuoglu/Altop, s 1209.

### **C. IMPOSSIBILITY IS A REASON OF LIABILITY**

If the debtor has a defect in the impossibility which arises after making the contract, the debtor is liable for that. The impossibility which arises after making the contract, can be objective or subjective. It doesn't affect the liability of the debtor. In other words, the debtor is always liable, if he or she has a defect<sup>47</sup>.

### **CONCLUSION**

People, who enter contract relation, have to exercise their acts to each other. The act which is impossible, has very important role both for sides' situations and the contract's health. Turkish Code of Obligation adopt Principle of Freedom for Contracts, on the other hand it constrains this principle. The impossible acts, which are agreed in the contracts, compose one of these bounds.

In this article, the subject of impossibility in Turkish Law is analysed and these existed results are shown below;

Above all the initial objective impossibility is not an impracticability, it is an impossibility, which results from the act of contract. In the impracticability act of contract is possible, but the act's exercise is very hard for the debtor. The impracticability can result from the reasons, which are about the debtor's personality.

Also, the initial impossibility, which is put in order in the article 20 of Turkish Code of Obligation, has to be objective. For this reason only the initial impossibility, which is objective, can cause the invalidity of a contract. So, the differentiation of objective-subjektive impossibility view can't be defended. Because, in the initial objektive impossibility, the act not only can't exercised by debtor, but also it can't exercised by everyone, too. But in the other concept, which is called subjektive impossibility in doctrin, the act is impossible only for the debtor, on the other hand it can be exercised by the other ones. We think that, in the real the concept of subjektive impossibility is not an impossibility, it is only a weakness of debtor.

Finally, in the difference between initial-subsequent impossibility has to be casted the moment of the execution of the contract. If the act is impossible

<sup>47</sup> Eren, s. 298.; Oguzman, Kemal/ Öz, Turgut , s. 77.;Tekinay/ Akman/ Burcuoglu/ Altop, s. 1210.

before the execution of the contract or in the moment of the execution of the contract, initial impossibility can be exist. For this reason the view, which defends the moment of exercising of the contract has to be casted for the difference between initial-subsequent impossibility, can't be apologized.

## **BIBLIOGRAPHY**

- Akıncı, Sahin:** Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2006.
- Akıntürk, Turgut:** Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akyol, Şener:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995.
- Altaş, Hüseyin:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1991.
- Altaş, Hüseyin:** Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2003.
- Altunkaya, Mehmet:** Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara 1985, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Ayan, Mehmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Konya 2002.
- Başpınar, Veyssel:** Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Dural, Mustafa:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.
- Dural, Mustafa:** İmkansızlık Kavramı ve Türleri, (BATİDER, 7.Cilt, 1.Sayı, Ankara 1973, s. 13-57).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2010.
- İnan, Ali Naim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İnan, Ali Naim:** Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen recht, Freiburg 1956.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2005.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olaganüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Sart Mıdır? (Kemal Oguzman Anısına Armagan, İÜHFD, İstanbul 2000, s. 503-514).
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.



*Impossibility In Turkish Law*

- Reisoğlu, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006.
- Schwarz, Andreas B.:** Borçlar Hukuku Dersleri, Çeviren: Davran, Bülent, I.Cilt, İstanbul 1948.
- Serozan, Rona:** İfa, ifa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3.Cilt, 4.Bası, İstanbul 2006.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988.
- Tunçomağ, Kenan:** Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük İle İlgili Objektif Görüşler, (İÜHFİM, 32.Cilt, Sayı: 2-4, s. 884-905).
- Tunçomağ, Kenan:** Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 4. Bası, İstanbul 1976.
- Velidedeoğlu, Veldet/ Özdemir, Refet:** Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.
- Von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, Çeviren: Edege, Cevat, Cilt: 1-2, Ankara 1983.

BOŞ

**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

## SICHERUNGSMABNAHMEN

Mehmet Emin ARTUK\*

### GÜVENLİK TEDBİRLERİ

#### Özet

Güvenlik tedbirleri, tehlikeli suçlulara karşı toplumu korumak amacıyla uygulanan ceza hukuku yaptırımlarıdır. Güvenlik tedbirleri, şu dört şartın gerçekleşmesi halinde uygulanabilir. İlki, bir suçun işlenmiş olmasıdır. İkincisi, tehlikeli bir halin var olmasıdır. Üçüncü şart, güvenlik tedbirlerinin kanunda öngörülmüş olmasıdır. Nihayet son şart, güvenlik tedbirlerinin yargı kararına binaen uygulanabilmesidir.

**Anahtar Kelimeler** :Güvenlik tedbirleri; tehlikeli hal, yaptırım

### SECURITY MEASURES

#### Abstract

Security measures are the criminal sanctions that are applied in order to protect the society. Security measures shall be applied if four applicability conditions are met. The first is that a crime must have been committed. The second is that a precariousness must have been in existence. Lastly, the third and fourth conditions are that security measures must have been prescribed by law and based on a judicial decision.

**Key Words** Security measures; Precariousness, Criminal sanction.

## SICHERUNGSMABNAHMEN

### EINLEITUNG

Die Sicherungsmaßnahmen<sup>1</sup>, die bei “Tätern mit einem erhöhten Risiko für das Allgemeinwohl angewendet werden”, sind importierte Neuheiten des modernen Strafrechts, welche in die Strafgesetzbücher neben den Strafen Eingang gefunden haben. Die Regelung dieser Sicherungsmaßnahmen ist eine Notwendigkeit. In der Tat verhält es sich so, daß die seit Jahrhunderten vorgesehenen Strafen, mit denen die Gesellschaft und deren Angehörige geschützt werden sollen, nicht ausreichend waren, denn die Straftaten haben trotzdem zugenommen. Wenn man sich Frankreich als Beispiel anschaut, so

\* Professor am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Marmara Universität Istanbul

<sup>1</sup> Robert Vouin-Jacques Léauté, Droit pénal et procédure pénale, 3. e éd., Paris 1969, S. 83.

kann man feststellen, daß zwischen den Jahren 1826 – 1880 die Einwohnerzahl im Verhältnis 10/1 gewachsen ist; im Gegensatz dazu ist die Zahl der Verbrechen und der rückfälligen Täter im Vergleich zur Einwohnerzahl höher angestiegen (als Beispiel seien folgende Zahlen genannt: zwischen den Jahren 1826 – 1830 wurden von 100 Tätern nur 8 rückfällig, während es zwischen den Jahren 1876 – 1880 schon 46 rückfällige Täter von 100 gab). Auch die Tatsache, daß manche Strafen in manchen Fällen nicht anwendbar sind (zum Beispiel bei Minderjährigen oder Zurechnungsunfähigen) oder falsch angewendet werden (zum Beispiel die verhängte kurze Freiheitsstrafe bei vermindert Zurechnungsfähigen hat diese eher rückfällig werden lassen)<sup>2</sup>, legt

<sup>2</sup> Rechtsvergleichend betrachtet kann man die Gesetze über die vermindert Zurechnungsfähigen in verschiedene Gruppen aufteilen. Eine Gruppe von Gesetzen sieht bei vermindert Zurechnungsfähigen nur eine verminderte Strafe vor. Als Beispiel für diese der klassischen Schule angehörenden Gesetze sind das italienische Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1889, das alte türkische Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1926 mit der Nummer 765 (türkischen StGB alte Fassung) zu nennen. Eine andere Gruppe von Gesetzen, die aus sozialen Verteidigungsgesetze bestehen, sehen nur Sicherungsmaßnahmen vor. Eine weitere Gruppe von Gesetzen sieht bei vermindert Zurechnungsfähigen sowohl Sicherungsmaßnahmen als auch Strafen vor und überläßt die Frage, welches im konkreten Fall für den Angeklagten anzuwenden ist, dem Ermessen des Richters; siehe zum Beispiel die Strafgesetzbücher von Schweden und Dänemark. Andere Gesetze hingegen sehen neben der Anwendung der Strafe auch die Sicherungsmaßnahmen vor. Diese unterteilen sich auch nochmal in zwei Gruppen. Während ein System bei vermindert Zurechnungsfähigen erst den Strafvollzug und erst danach die Anwendung der Sicherungsmaßnahmen regelt (zum Beispiel die §§ 89, 219 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930), ist dies in anderen Systemen gegenteilig geregelt, d.h. zuerst werden die Sicherungsmaßnahmen angeordnet und erst danach wird die Strafe vollzogen (zum Beispiel die §§ 14, 15 des schweizerischen Strafgesetzbuches von 1937); siehe **Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya**, *Çeza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2002, S.570-571. Das neue türkische Strafgesetzbuch (türkischen StGB neue Fassung) mit der Nummer 5237 sieht keine Trennung der Geisteskrankheit in voll und vermindert Zurechnungsfähigen vor. In der Tat ist jemand entweder zurechnungsfähig oder nicht; siehe **Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya**, *Çeza Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Auflage, Ankara 2007, S.618; **İzzet Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Auflage, Ankara 2008, S.366-367; **Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, S.490; anderer Meinung. Siehe **Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Auflage, İstanbul 2005, S.381 ff.; **Timur Demirbaş**, *Çeza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Auflage, Ankara 2006, S.509-510, Ankara 2002, S.570-571. § 32 II des türkischen StGB neue Fassung besagt, “Ist die Steuerungsfähigkeit einer Person in Bezug auf die Tat zwar beeinträchtigt, jedoch nicht in dem in Abs. 1 beschriebenen Maß...” (erheblichen Maße) so ist eine Strafminderung nach Urteilsfällung vorgesehen. “Die verhängte Strafe kann unter der Bedingung einer gleichen Dauer auch als Sicherungsmaßnahme für Geisteskranke angewendet werden” (§ 57 / 6). Für die Übersetzung des türkischen Strafgesetzbuches siehe, *Das türkische Strafgesetzbuch*, *Türk Ceza Kanunu*. Deutsche Übersetzung und Einführung von **Silvia Tellenbach**, Zweispachige Ausgabe, 2008 Freiburg i.Br.. Werden im Falle einer begangenen Tat bei verminderter Schuldfähigkeit eines Geisteskranken statt der Strafe Sicherungsmaßnahmen angeordnet, so finden die Grundsätze des § 57 des türkischen Strafgesetzbuches Anwendung. Aller-

## *Sicherungsmaßnahmen*

die Unzulänglichkeit der verhängten Strafen offen, so daß qualitativ andere Strafmaßnahmen von selbst aus notwendig wurden.

Die Positivisten haben mit der Reform gegen die Bestrafung begonnen. Lombroso hat den Grund für die Schuld in der körperlichen Eigenschaft, Anatomie, Psychologie und Physiologie des Täters gesucht; er betrachtet die Tat, welche aufgrund der in der Person des Täters liegenden Anomalie als Kausalverlauf zustandegekommen ist, als normalen Vorgang wie die Geburt und den Tod. Der Autor vertritt die Meinung, daß der Grund der Tat, welche der Täter aufgrund der Anomalie begangen hat, ausserhalb seiner Kontrolle liegt. Bei Tätern, die in ihrem Willen und Handeln nicht frei sind, anders ausgedrückt, bei denen die freie Willensbildung nicht vorliegt und besonders bei Tätern, die seit ihrer Geburt Täter sind, haben die Strafandrohungen keine Wirkung. Auch der Positivist Ferri, der die Meinung vertritt, daß die ganzen Handlungen des Menschen Ergebnisse seiner sozialen Umwelt sind, wozu auch die Straftaten gehören, betont zugleich wie Lombroso die Unwirksamkeit der Strafen<sup>3</sup>. In der Tat vertreten die Positivisten die Meinung, daß die Strafe, welche seit Jahrhunderten als einziges Mittel gegen Straftaten eingesetzt wird, die Straftaten und somit die Täterzahl nicht verringert hat. Der Grund hierfür ist einfach. Zuerst einmal ist festzuhalten, daß Täter, welche schon so geboren oder passionierte Täter sind, welche bei der Tatausführung davon ausgehen, daß sie nicht bestraft werden, so daß die Strafen bei diesen Tätergruppen nicht effektiv sind. Auch sind Strafen, wenn sie nicht mit sozialen Maßnahmen unterstützt werden, bei Gewohnheitstätern und Zufallstätern, die aus sozialen Gründen straffällig werden, alleine unzureichend. Ausserdem ist u. a. ein Zweck der Strafe, die Besserung des Täters. Dazu muss man allerdings die Persönlichkeit des Täters genauestens untersuchen. Wenn man sich aber lange Zeit nicht dem Täter widmet, so kann man nicht voraussagen, in welcher Zeit er sich bessern wird. Deshalb ist eine zeitliche Begrenzung der Sanktion bei

---

dings muss erwähnt werden, dass der Zeitrahmen der Sicherungsmaßnahmen bei Geisteskranken i. S. des § 32/1 des türkischen Strafgesetzbuches so lange dauert, wie die ‚Gefährdung vollständig oder im erheblichen Maße beseitigt‘ ist. Im Gegensatz dazu steht der § 32/2 des türkischen Strafgesetzbuches, hiernach hat die Dauer der Sicherungsmaßnahmen bei Geistesranke i. S. dieser Norm, der Dauer der verhängten Strafe zu entsprechen (§ 32/2, § 57/6 des türkischen Strafgesetzbuches).

<sup>3</sup> **Mohammad Ali Hedayati**, *Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal*, Genève 1939, S. 11-13 (Genfer Dissertation); **H. Donnedieu de Vabres**, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3. e éd., Paris 1947, S.35-36; **M. Tahir Taner**, *Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, 3. Auflage, İstanbul 1953, S.40,47.

Tätern nicht zutreffend<sup>4</sup>. Diese deterministischen Gedanken, welche als Grund für die Tat persönliche oder gesellschaftliche Motive sehen, befürworten zur Abwendung der Tat, andere Maßnahmen als die Strafe. Die Positivisten<sup>5</sup> lehnen die Strafe als Abgeltung der Sühne und geistige / seelische Verantwortung ab – wobei derjenige, der über keine freie Willensbildung verfügt, keine geistige Verantwortung hat, er hat eine gesellschaftliche Verantwortung, da er in der Gesellschaft lebt und diese verletzt hat -; desweiteren vertreten die Positivisten die Meinung, daß einerseits die Gesellschaft verteidigt werden muß und andererseits, daß bei den Personen, die nicht aufgrund ihrer freien Willensbildung, sondern aufgrund ihrer persönlichen Anomalie oder aufgrund des sozialen Umfelds Straftaten begehen, zweierlei Maßnahmen (prophylaktische und Repressivregeln) getroffen werden.

1. Als erste Gruppe von Maßnahmen sind “Maßnahmen, die die Strafe ersetzen” (Substituts de la peine), wie Ferri sie beschreibt, zu nennen. Diese versuchen die Gründe für eine Straftat aufzuheben und somit die Verminderung der Straftaten zu erreichen. Die beschriebenen Maßnahmen dienen der Verteidigung der Gesellschaft und sind zugleich Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten. Sie sind vielfältig und können nicht kurz skizziert werden. Als Beispiele können Maßnahmen zur Bekämpfung von ausgesetzten und ausgebeuteten Kinder; Vereinigungen, die gegen Alkohol und Herumstreicher kämpfen; Verhinderung der Begünstigung der Prostitution, des Frauenhandels und der Prostitution Minderjähriger aufgezählt werden. Zudem können in diesem Zusammenhang folgende Normen aus Gesetzen mancher Länder, Vorschläge aus Gesetzesentwürfen, Büchern oder Tagungen genannt werden; diese befürworten das Heiratsverbot bei Personen, die genetisch vorbelastet sind, sogar das Verbot von ausserhehlichen Kindern bei denselben Personen und sehen eine Sterilisation zu diesem Zweck vor<sup>6</sup>. Ferri ist überzeugt davon, daß man die Gesellschaft mit prophylaktischen Maßnahmen besser schützen kann und nennt hierfür folgendes Beispiel: Um in einer dunklen Strasse die häufig begangenen Straftaten effektiv zu bekämpfen, sei es ausreichend, diese zu beleuchten. Diese Maßnahme ist klüger und günstiger, als diese Strasse mit

<sup>4</sup> **Sulhi Dönmezer-Sahir Erman**, Ceza Hukuku Dersleri, Umumi Kısım, İstanbul 1958, S.56 (Dersler).

<sup>5</sup> **Pierre Bouzat-Jean Pinatel**, Traité de droit pénal et de criminologie, t.I, Droit pénal général par Pierre Bouzat, 2. e éd., Paris 1970, S.102.

<sup>6</sup> **Georges Vidal-Joseph Magnol**, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, t.I, 9 e éd., Paris 1949, S.44.



## *Sicherungsmaßnahmen*

Polizeibeamten sichern zu lassen und die Täter in Strafvollzugsanstalten zu schicken<sup>7</sup>.

2. Wenn die Tat begangen ist, so ist eine Maßnahme zu treffen, die sowohl der Person des Täters bestens entspricht, als auch der Täterklassifizierung. Sehr gefährliche Täter (von Geburt aus, Zurechnungsunfähige, Gewohnheitstäter<sup>8</sup>) sollten mit Maßnahmen, die sie aus der Gesellschaft entfernen, belegt werden, während weniger gefährliche Täter (Zufalls-<sup>9</sup> oder passionierte<sup>10</sup> Täter) mit rehabilitierenden und zwingenden Maßnahmen bestraft werden sollten<sup>11</sup>.

Die Meinung der Positivisten bezüglich der Maßnahmen haben auch die Gesetze beeinflusst. So wird im italienischen Strafgesetzbuchvorentwurf<sup>12</sup> aus dem Jahre 1921, welches unter dem Vorsitz von Ferri entworfen wurde, statt des Begriffes "Strafe" das Wort "Sanktion" verwendet<sup>13</sup>. Die russische

<sup>7</sup> **Bouzat-Pinatel**, ders., t.1, S.102.

<sup>8</sup> Gewohnheitstäter werden nur bei mehrmaliger Straffälligkeit mit von Tätern von Geburt an gleichbehandelt. Das türkische StrGB neue Fassung mit der Nummer 5237 besagt in § 6 I Nr. h folgendes: "Unter Gewohnheitstäter versteht man eine Person, die die Grundform einer vorsätzlichen Tat oder dessen qualifizierte oder privilegierte Form innerhalb eines Jahres zu verschiedenen Zeitpunkten mehr als zweimal begeht".

<sup>9</sup> Minderjährige Zufallstäter sollten redlichen und vertrauenswürdigen Familien übergeben oder zur Arbeit in landwirtschaftlichen Kolonien angehalten werden. Die Positivisten befürworten bei älteren Zufallstätern, wenn ihre Tat weniger bedeutend ist, daß sie Schadensersatz leisten und für eine bestimmte Zeit verbannt werden; wenn sie jedoch schwerwiegendere Taten begangen haben, so sollten sie ohne Zeitbegrenzung zu Kolonien für landwirtschaftliche Arbeiten geschickt werden.

<sup>10</sup> Passionierte Täter sind zum Schadensersatz verpflichtet und müssen daneben den Ort, wo das Opfer mit seiner Familie lebt, für eine bestimmte Dauer verlassen.

<sup>11</sup> **Vidal-Magnol**, ders., t.1, S. 43-44; siehe ausserdem **Jean Pradel**, *Droit pénal*, t.1, *Introduction générale*. *Droit pénal général*, 3. e éd., Paris 1981, S.86.

<sup>12</sup> Dieser Entwurf war sehr weit von der Praxis entfernt und hat ausser Russland und Kuba (das kubanische Strafgesetzbuch von 1926), die sich diesen Entwurf als Beispiel vorgenommen haben, in keinem anderen Land, nicht einmal in Italien Anwendung gefunden; siehe **He-dayati**, ders., S.15.

<sup>13</sup> Die Gründe daß der Entwurf von Ferri keine Gesetzesform angenommen hat, sind folgende: Neben politischen Quereleien hat auch die Tatsache, daß der Entwurf in seiner Form bei Gericht neben Richtern auch Psychologen und Pyschiatern gefordert hat, welches die Gerichtsorganisation umgestellt hätte dazu geführt, daß der Entwurf keine Gesetzesform angenommen hat. Ausserdem haben sich die Meinungsverschiedenheiten der Klassiker und Positivisten bis zu dem Zeitpunkt auf wissenschaftlichem Gebiet ausgetragen. Auch die Befürchtung, die Gesellschaft würde eine tiefgreifende Veränderung wie die Ablehnung der Strafe nicht verstehen, hat zur Ablehnung des Entwurfes geführt. Später hat Rocco ein neues italienisches Strafgesetzbuch (aus dem Jahr 1930) gemäß der klassischen Lehre geschaffen und hat dabei die von den Positivisten befürwortete und von ihm als "verwaltungstechnische Maßnahmen" bezeichnete Maßnahmen berücksichtigt. Siehe **Adrian Prisi**, *Die Sicherungsmassnahmen*

Sowjetunion hat in ihrem Strafgesetzbuch von 1926 in § 1 folgendes geregelt: Bei Tätern, die mit ihrer Handlung die Gesellschaft gefährden, sind “die Gesellschaft verteidigende Maßnahmen” anzuwenden.

Während die Reformen auf dem Gebiet des Strafrechts in Italien begonnen haben, hat am Ende des 19. Jahrhunderts Carl Stoops 1893 im “schweizerischen Vorentwurf des Strafgesetzbuches” bei der Bekämpfung der Verbrechen neben Strafen auch die Sicherungsmaßnahmen, als sekundäres und effektives gesellschaftliches Mittel, geregelt<sup>14</sup>.

Insbesondere nach dem ersten Weltkrieg haben verschiedene Länder die Sicherungsmaßnahmen in ihre Gesetze aufgenommen. Zuerst wurden die Sicherungsmaßnahmen in eigenen Gesetzen geregelt und so in das Strafrecht aufgenommen (siehe Frankreich), doch später haben sie Eingang in die neueren Strafgesetzbücher gefunden (siehe Italien, die Schweiz). In Ländern, die ihre alten Strafgesetzbücher noch anwenden, sind die Maßnahmen entweder in eigenen Gesetzen oder in eigenen Normen in Strafgesetzbüchern zu finden<sup>15</sup>.

Unten werden die Begriffe der Sicherungsmaßnahmen, deren Anwendungsvoraussetzungen, ihre rechtliche Natur, ihre Arten, ihr Anwendungsbereich untersucht und es wird ein Ergebnis bezüglich des Standes des heutigen Strafrechts erzielt.

---

im italienischen Strafrecht, Matten–Interlaken 1936 (Berner Dissertation).

<sup>14</sup> **Liszt-Schmidt** besagt, daß die interessanten Ideen bezüglich der Sicherungsmaßnahmen ein Jahrhundert vor **Stoops**, im Jahre 1794 im allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten unter der Rubrik Strafe von dem Autor **Ernst Ferdinand Klein** bereits verfasst wurden. Den Autoren zufolge hat Klein im deutschen Strafrecht erstmals neben der Strafe die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen geregelt, § 5 II 20 ALR (das zweispurige System). **Klein** hat die Strafe, welche von ihrer Natur aus zwingend eine Vergeltung vorsieht, von den Sicherungsmaßnahmen, die der Täter nicht unbedingt spüren muss, in Bezug auf die Feststellung der Gefährlichkeit des Täters getrennt und beide Sanktionen dem Richter unterstellt, wobei beide Sanktionen als rechtliche Grundlage die staatliche Sicherung haben. Die Gedanken von **Klein** haben ausserhalb des allgemeinen Landrechts keine Wirkung entfaltet, siehe **Franz v. Liszt-Eberhard Schmidt**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage, Berlin und Leipzig 1927, S. 351; siehe ausserdem **Charles-Jules Lavanchy**, Les mesures de sûreté en droit pénal, Chateau- d’Oex, 1931, S. 7 Fussnote1 (Genfer Dissertation); Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, herausgegeben von **Gerd Kleinheyer** und **Jan Schröder**, Karlsruhe und Heidelberg 1967, S. 329.

<sup>15</sup> Zum Beispiel das türkische StGB alte Fassung §§ 36, 46, 53, 54, 57, 58, 404, 573; (das türkische StGB neue Fassung mit der Nummer 5237 §§ 53-60, 191, das Kinderschutzgesetz mit der Nummer 5395 § 5); **Horst Hermann**, Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band II, Rechtsvergleichende Arbeiten, Bonn 1954, S. 193-208,193.

## *Sicherungsmaßnahmen*

### **I. Der Begriff der Sicherungsmaßnahmen und ihre Anwendungsvoraussetzungen**

Der Begriff der Sicherungsmaßnahmen kann folgendermaßen umschrieben werden<sup>16</sup>: “Sicherungsmaßnahmen sind gesetzlich vorgesehene gesellschaftliche Verteidigungsmittel bzw. Sanktionen, die nach der gesellschaftsgefährdenden Tat vom Richter angeordnet werden”<sup>17</sup>.

Wie aus der Definition erkenntlich ist, so ist die Anordnung der Sicherungsmaßnahme bei einer Person abhängig von vier Voraussetzungen:

1. Die Tat muß ein Zeichen für die Gefährdung der Gesellschaft beeinhalteln.
2. Die Sicherungsmaßnahme kann nur nach der Tat verhängt werden.
3. Die Sicherungsmaßnahmen müssen gesetzlich geregelt sein.
4. Die Sicherungsmaßnahmen können nur vom Richter angeordnet werden.

Unten werden nun die oben aufgezählten Voraussetzungen untersucht:

#### **1. Die Gefährdung**

Der Begriff der “Gefährdung” stammt von den Positivisten und hat die Besonderheit, daß bei Personen, die sich in so einem Zustand befinden, die Wahrscheinlichkeit für neue Tatbegehungen vorliegt. In der Tat können sich

---

<sup>16</sup> Autoren versuchen gar nicht den Begriff der Sicherungsmaßnahmen zu umschreiben, es verhält sich eher so, daß die historische Entwicklung des Begriffs, deren rechtliche Natur, ihre der Strafe ähnelnden oder abweichenden Eigenschaften, ihre verbundenen Themen und Arten, die in Gesetzen aufgezählten Maßnahmen genannt werden. Siehe zum Beispiel **Marc-Henri Thélin**, *Nature et régime juridique des mesures de sûreté*, Lausanne 1931, S. 18 (Lausanner Dissertation); **Lavanchy** ders., S. 17 ff.; **Nicolas I. Tanoviceanu**, *Les mesures de sûreté*, Paris 1934, S. 4 ff.; **Sulhi Dönmezer-Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Band II, 11. Auflage, İstanbul 1997, S. 567 ff.; **Ayhan Önder**, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, S. 543 ff.; **Demirbaş**, ders., S. 505; **Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Auflage, Ankara 2008, S. 384 ff. Doch es gibt auch Autoren, die den Begriff umschreiben. Zum Beispiel beschreibt **Özgenç** die Sicherungsmaßnahmen wie folgt: “das sind Sanktionen des Strafrechts, die unabhängig der Schuld des Täters, mit der Person des Täters oder mit dem Gegenstand der Tat oder mit dem Tatwerkzeug in Zusammenhang stehen und den Zweck des Schutzes oder der Rehabilitation vorsehen”, siehe **Özgenç**, ders., S. 663; nach **Koca-Üzülmöz** sind Sicherungsmaßnahmen “Sanktionen des Strafrechts, die die Eigenschaft des Schutzes des Täters vor sich selber und der Gesellschaft haben und dem Täter aufgrund seiner Tat und der Wiederholungsgefahr im speziellen Falle des Täters auferlegt werden” siehe **Koca-Üzülmöz**, ders., S. 470.

<sup>17</sup> **Hedayati**, ders., S. 95–96.

manche Personen aufgrund ihres Zustandes in der Vergangenheit, wegen der Gewohnheit eines schlechten Lebens, wegen körperlicher oder geistigen Behinderung in einem Zustand der Gefährdung befinden.

Auch können sich Personen, die noch nie eine Tat begangen haben, in so einem Zustand befinden. Allerdings kann man bei der letztgenannten Gruppe von Personen keine Sicherungsmaßnahmen – wie unten noch zu erwähnen sein wird- erlauben. Wenn bei einer Person die Gefährdung feststeht, so sind die Sicherungsmaßnahmen ohne zeitliche Begrenzung anzuordnen. Die Feststellung der Gefährdung muß einwandfrei und fehlerlos erfolgen, da sich an sie von ihrer Natur aus nicht zeitlich begrenzte und freiheitsberaubende Sicherungsmaßnahmen anschließen. Es ist schwer zu beurteilen, ob jemand sich in einem gefährdendem Zustand befindet. Auch ist es umstritten, ob die Feststellung der Gefährdung dem zuständigen Organ überlassen oder per Gesetz geregelt werden sollte. Der Brüsseler Kongress von 1910 hat die Zuweisung der Feststellung der Gefährdung dem Gesetz überlassen. Zugleich wurde dem Richter, der auch die Sicherungsmaßnahme anordnen wird, die Feststellung der Gefährdung übertragen. Das schweizerische und im allgemeinen das italienische Strafgesetzbuch haben diesen Weg verfolgt. Der § 203 I des italienischen Strafgesetzbuches hat die Gefährdung anders als in anderen Ländern wie folgt geregelt: “Im Sinne des Strafgesetzes ist eine Person für die Allgemeinheit gefährlich, die, auch wenn sie nicht zurechnungsfähig oder nicht strafmündig ist, eine der im vorhergehenden Artikel bezeichneten Taten begangen hat, sofern es wahrscheinlich ist, daß sie weitere Taten begehen wird, die vom Gesetz als strafbare Handlungen vorgesehen sind.”<sup>18</sup>. Der Richter hat demnach gemäß § 133 I des italienischen Strafgesetzbuches bei der Feststellung der Gefährlichkeit der Schwere der strafbaren Handlung Rechnung zu tragen, die abzuleiten ist aus:

1. der Natur, der Art, den Mitteln, dem Gegenstand, der Zeit, dem Ort und jeder anderen Beschaffenheit der Handlung;
2. der Schwere des Schadens oder der Gefahr, die für den Verletzten verursacht worden sind;
3. der Stärke des Vorsatzes oder dem Grad der Fahrlässigkeit<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Riz, Roland/Bosch, Johanna, Italienisches Strafgesetzbuch, Codice penale italiano, Zweisprachige Ausgabe, Bozen 1995, § 203 I des italienischen Strafgesetzbuches (Abkürzung: Riz/Bosch, Zweisprachige Ausgabe des italienischen Strafgesetzbuches), S. 161.

<sup>19</sup> Für die Übersetzung siehe Riz/Bosch, Zweisprachige Ausgabe des italienischen Strafgesetzbuches, S. 113.

## *Sicherungsmaßnahmen*

Abs. 2 der Norm sieht des Weiteren vor, daß der Richter außerdem der Fähigkeit des Täters zur Begehung von Straftaten Rechnung zu tragen hat, die abzuleiten ist aus:

- 1.den Beweggründen zur Begehung von Straftaten und dem Charakter des Täters;
- 2.den Vorstrafen und früheren gerichtlichen Entscheidungen und allgemein aus dem Verhalten und der Lebensführung des Täters vor Begehung der strafbaren Handlung;
- 3.dem Verhalten während oder nach der Begehung der strafbaren Handlung;
- 4.den persönlichen, familiären und sozialen Verhältnissen des Täters<sup>20</sup>.

Die im Gesetz geregelten und somit die Gefährdung bestimmenden Punkte, müssen vom Richter beachtet werden und er muß entscheiden, ob die Person für die Gesellschaft eine Gefährdung darstellt oder nicht. Der italienische Gesetzgeber hat anders als viele Länder die Gefährdung umschrieben, jedoch in manchen Situationen die Feststellung der Gefährdung nicht in das Ermessen des Richters gelegt. In solchen Fällen ist Gefährdung direkt vom Gesetz bestimmt. Im Urteil können bei Gewohnheitstätern (§ 102), bei professionellen (§ 105) und bei Tätern mit Neigungen zur Straftat (§ 108) Sicherungsmaßnahmen angewandt werden (§ 109). Ausser den in § 109 vorgesehenen drei Alternativen ist zudem gemäß § 222 und § 226 die gesetzliche Feststellung der Gefährlichkeit des Täters geregelt. Das italienische Strafgesetzbuch sieht zudem bei nicht straffällig gewordenen Personen eine Feststellung der Gefährdung vor und bestimmt die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen auch bei solchen Personen (§ 202/2)<sup>21</sup>. Wir werden § 202 unten noch näher untersuchen. Auch das schweizerische Strafgesetzbuch hat in § 42 ff bezüglich der Gefährdung Regelungen getroffen. Das brasilianische Strafgesetzbuch setzt in § 77 ebenfalls in manchen Situationen die Gefährdung des Täters fest.

<sup>20</sup> Für die Übersetzung siehe **Riz/Bosch**, Zweisprachige Ausgabe des italienischen Strafgesetzbuches, S. 113, S. 114, S. 115.

<sup>21</sup> § 202/2 besagt folgendes: "Das Strafgesetzbuch bestimmt die Fälle, in denen gegen eine Person, die für die Allgemeinheit gefährlich ist, Sicherungsmaßnahmen wegen einer Tat angewendet werden können, die vom Gesetz nicht als strafbare Handlung vorgesehen ist (§ 49 Abs. 4, § 115 Abs. 2-4)"; für die Übersetzung siehe **Riz/Bosch**, Zweisprachige Ausgabe des italienischen Strafgesetzbuches, S. 161.

Manche Täter stellen eine Gefährdung für die Gesellschaft dar, daneben können auch Personen, die noch keine Tat begangen haben, ebenfalls eine Gefährdung darstellen. Allerdings kommt bei solchen Personen, die noch keine Tat begangen haben, eine Verletzung ihrer Würde und Freiheit in Betracht, wenn man bei ihnen ihrer Natur aus eine Sicherungsmaßnahme ohne zeitliche Begrenzung anordnet, wenn nicht genaustens festzustellen ist, daß sie für die Gesellschaft gefährlich sind; in so einem Fall ist die Frage ob jemand später eine Tat begehen wird oder nicht, nur eine Vermutung. Deshalb sollten Sicherungsmaßnahmen nur “post delictum”, also nach Tatbegehung angeordnet<sup>22</sup> werden und das Gesetz sollte festlegen, in welchen Fällen eine Person für die Gesellschaft gefährlich ist, d.h. die Bestimmungen hierzu sollten eine gesetzliche Grundlage haben. Der Richter muß dann im konkreten Fall prüfen, ob die Bestimmungen hierzu vorliegen und bei Bejahung der Voraussetzungen mit einer Entscheidung ein Ergebnis finden.

## **2. Die Sicherungsmaßnahme kann nur nach der Tat verhängt**

Wie oben bereits erwähnt, sollten gerichtliche Stellen keine Befugnis zur Anordnung von Sicherungsmaßnahmen vor der Tat bekommen. Die Gefährlichkeit des Täters ist erst nach der Tat zu erkennen, so daß Sicherungsmaßnahmen erst danach anzuordnen sind. In diesem Sinne sieht das türkische StGB in § 2 I folgendes vor: “Niemand kann wegen einer Tat bestraft oder mit Sicherungsmaßnahmen belegt werden, die das Gesetz nicht ausdrücklich als Straftat bezeichnet. Andere als die im Gesetz aufgeführten Strafen und Sicherungsmaßnahmen können nicht verhängt werden”. Diese herrschende Meinung in der Lehre ist auch von den meisten Ländern in ihre Gesetze aufgenommen<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Als Gesetze, die eine Sicherungsmaßnahme ohne Tatbegehung anordnen, können das spanische “Vagos y Maleantes” aus dem Jahr 1933 (§ 2), das vom 31.5.1934 stammende kolumbianische (§ 1), das vom 4.4.1936 stammende kubanische Verteidigungsgesetz (§ 48 B; 581 A; 582 B), das vom 21.7.1940 stammende San Salvadorische, das vom 22.10.1941 stammende Uruguayische (§ 2), das vom 22.12.1950 stammende Venezuellanische (§ 1) und das vom 27.12.1956 stammende italienische Strafgesetzbücher aufgezählt werden, siehe **Jacques-Bernard Herzog**, Le problème de l'état dangereux en Amérique Latine in: Le problème de l'état dangereux (Deuxième cours international de criminologie), Conférences publiées par Jean Pinatel, Paris 1954, S. 514-523, 520; **Bouzat-Pinatel**, ders., t.I, S. 413.

<sup>23</sup> Zum Beispiel sieht der § 202 Abs. 1 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930 vor, daß Sicherungsmaßnahmen nur gegen eine für die Allgemeinheit gefährliche Person (§ 203) angewendet werden können, die eine vom Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Doch der Abs. 2 der gleichen Norm besagt, daß “das Strafgesetz die Fälle bestimmt, in denen gegen eine Person, die für die Allgemeinheit gefährlich ist, Sicherungsmaßnahmen wegen ei-

## *Sicherungsmaßnahmen*

Die zwingende Voraussetzung der Tat, welche für die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen notwendig ist, muß nicht vollendet sein. Das Beginnen mit der Ausführung der Tat reicht für die Feststellung der Gefährlichkeit des Täters aus. Auch muß die Person nicht unbedingt der Täter sein. Auch bei Personen, die Beihilfe leisten oder Anstifter sind, können Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden<sup>24</sup>.

Es bestehen Unterschiede zwischen den Gesetzen, die für die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen die Ausführung der Tat voraussetzen. So sehen manche Gesetze die Ausführung irgendeiner Straftat für die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen vor (das italienische Strafgesetzbuch von 1930; das schweizerische Strafgesetzbuch von 1937, das rumänische Strafgesetzbuch von 1948); während andere Gesetze die Ausführung einer bestimmten Straftat voraussetzen (so das norwegische Strafgesetzbuch und teilweise auch das schwedische. In diesen Gesetzen stehen die Straftaten gegen die guten Sitten im Vordergrund). Andere Gesetze wiederum sehen bei einer Verurteilung zu einer Geldstrafe oder bei Straftaten, die nur mit einer Geldstrafe sanktioniert sind, die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nicht vor. Grundsätzlich lehnen Gesetze bei Taten, die fahrlässig begangen worden sind, die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen ab; das italienische und schweizerische Strafgesetzbuch jedoch erlauben die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen

---

ner Tat angewendet werden können, die vom Gesetz nicht als strafbare Handlung vorgesehen ist (§ 49 Abs. 4, § 115 Abs. 2-4)”. Der § 203 Abs. 2 des Entwurfes von Rocco stellt das Gegenstück zum 202 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930 dar. Demnach waren Sicherungsmaßnahmen bei Personen vorgesehen, die noch keine Tat im Sinne des Strafgesetzbuches begangen hatten. Diese Norm war Gegenstand heftiger Kritik bei der Konferenz zur Vereinigung des Strafrechts in Rom 1928. Einer Meinung nach lehnt der § 203 Abs. 2 des Entwurfes die Garantie des § 203 Abs. 1 des Entwurfes ab, denn der Abs. 1 sieht die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nur vor, wenn eine Tat begangen ist und die Voraussetzungen der Gefährdung im Gesetz geregelt sind. Im Gegensatz zu dieser Meinung sahen jedoch **Rocco und Ferri** die Beibehaltung des § 203 Abs. 2 des Entwurfes, welcher Bezug auf die §§ 52 und 113 nahm (diese Normen sind mit den §§ 49 und 115 des italienischen Gesetzbuches von 1930 vergleichbar), vor. Die Konferenz hat mit dem Vorschlag Garofalo’s den Abs. 2 wie folgt ergänzt und sich mit der Beibehaltung der Norm einverstanden erklärt. Die Ergänzung lautet: “Dieser Absatz ist vom italienischen Strafgesetzbuch und von anderen Gesetzen, die den §§ 52 und 113 des italienischen Strafgesetzbuches gleiche oder ähnelnde Normen beinhalten, aufgenommen worden. Hier muß erwähnt werden daß der § 202 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930 nur bei irrtümlicher Annahme und Unmöglichkeit der Begehung einer strafbaren Handlung (§ 49) oder soweit das Gesetz nichts anderweitiges vorsieht bei der Planung von einer Tat von mehreren Personen, die aber dann letztendlich nicht ausgeführt wird (§ 115), Anwendung findet; siehe **Hedayati**, ders., S. 104–105.

<sup>24</sup> **Hedayati**, ders., S. 105–106.



auch bei fahrlässig begangenen Taten. Andere Gesetze (Frankreich und Belgien) sehen bei Medien- und politischen Straftaten von Anordnungen der Sicherungsmaßnahmen ab. Viele Gesetze verlangen auch eine gewisse Gewichtung der Tat, um Sicherungsmaßnahmen anordnen zu können (zum Beispiel der französische Entwurf zum Strafgesetzbuch von 1934, das griechische Strafgesetzbuch von 1950). Wiederum andere Gesetze stellen die zuletzt verhängte Strafe in den Vordergrund (Frankreich und Österreich)<sup>25</sup>.

### **3. Die Sicherungsmaßnahmen müssen gesetzlich geregelt sein**

Die Notwendigkeit der Bestimmtheit der Strafbarkeit gilt für Sicherungsmaßnahmen, genauso wie sie für die Tat und Strafe gilt<sup>26</sup>. In der Tat kann der Richter, solange keine als Straftat vorgesehene Handlung begangen worden ist<sup>27</sup> und manche gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, keine Sicherungsmaßnahmen anordnen, auch kann er keine Sicherungsmaßnahmen anordnen, die gesetzlich nicht festgelegt worden sind.

Dies ist in dem türkischen StGB neue Fassung in § 2 Abs. 1 S. 2 wie folgt festgehalten: “Andere als die im Gesetz aufgeführten Strafen und Sicherungsmaßnahmen können nicht verhängt werden”. Anders ausgedrückt bedeutet dies, daß Sicherungsmaßnahmen nur im Anschluß an eine Straftat und nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen angeordnet werden können.

Diese Regel ist in manchen Verfassungen<sup>28</sup>, Strafgesetzbüchern und deren Entwürfen<sup>29</sup> ausdrücklich wiederzufinden. Doch die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage ist grundsätzlich nicht ausdrücklich geregelt.

### **4. Die Sicherungsmaßnahmen können nur vom Richter angeordnet werden**

---

<sup>25</sup> Hermann, a.a.O., S. 197.

<sup>26</sup> Battaglini vertritt eine andere Meinung. Seiner Meinung nach gilt die Erfordernis einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung bei Strafen, doch für die Sicherungsmaßnahmen würde das Ermessen ausreichen; siehe M.G. Battaglini, La peine dans le système des sanctions juridiques in: Revue internationale de droit pénal, Nummer. 1, Paris 1924, S. 52-66,64.

<sup>27</sup> Für eine Ausnahme siehe § 202 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930.

<sup>28</sup> Zum Beispiel Art. 38 der türkischen Verfassung von 1982.

<sup>29</sup> Zum Beispiel regelt das italienische Strafgesetzbuch in § 199 folgendes: “Niemand kann Sicherungsmaßnahmen unterworfen werden, die nicht ausdrücklich durch das Gesetz bestimmt sind, und nicht außerhalb der Fälle, die das Gesetz vorsieht (§ 25 Abs. 3)”; für die die Übersetzung siehe Riz/Bosch, Zweisprachige Ausgabe des italienischen Strafgesetzbuches, S. 159. Der französische Entwurf zum Strafgesetzbuch von 1934 hat in § 7 folgendes festgehalten: “Keine Sicherungsmaßnahme kann ausser der im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen und Fällen angeordnet werden”. Somit hat er die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage ausdrücklich bestimmt.



## *Sicherungsmaßnahmen*

Für die Zuständigkeit der Anwendung von Sicherungsmaßnahmen können zwei Stellen in Frage kommen: Die Verwaltung oder das Gericht.

Ein System sieht die Anordnung jeglicher Sicherungsmaßnahmen in der Zuständigkeit der Verwaltung. Die Anhänger dieser Ansicht führen folgende Argumente auf:

- a) Die Richter sollten nicht mit weiteren Befugnissen ausgestattet werden.
- b) Da bei der Anordnung der Sicherungsmaßnahmen das Verhältnis zwischen der Handlung und der Sanktion keine Voraussetzung darstellt, ist es nicht notwendig, den Richter mit Angelegenheiten zu betrauen, in denen das Verhältnis keine Rolle spielt.
- c) Richter können in ähnlichen Fällen verschiedene Sicherungsmaßnahmen anordnen<sup>30</sup>.

Die Meinung, die die Ansicht vertritt, daß die Sicherungsmaßnahmen vom Richter anzuordnen sind, kann folgende Argumente aufzählen:

- a) Im Gegensatz zu der Verwaltung, die nur aufgrund der Aktenlage und ohne den Täter zu sehen die Sicherungsmaßnahme anordnen würde, steht der Richter, der unmittelbar den Täter sieht und somit auch näher zur Tat steht. Daher sind die richterlichen Sicherungsmaßnahmen zutreffender<sup>31</sup>.
- b) Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen bedingt die Feststellung der Persönlichkeit des Täters. Die Feststellung der Persönlichkeit bedarf jedoch der Kenntnis in der gerichtlichen Psychologie, Straftatenstatistiken, Gerichtsmedizin etc. Deshalb können die Verwaltung und selbst der Zivilrichter keine Sicherungsmaßnahmen anordnen. Die 2. Konferenz zur Internationalen Vereinigung des Strafrechts in Rom 1928 hat den Staaten zur effektiven Anwendung der Sicherungsmaßnahmen empfohlen, diese in die Zuständigkeit des Strafrichters zu stellen und diese auf diesem Gebiet auszubilden<sup>32</sup>.

c) Das Einschalten der Verwaltung in das Strafverfahren würde sowohl die Kosten erhöhen, als auch einen Zeitverlust darstellen.

---

<sup>30</sup> **Arturo Corrado**, Die sichernden Massnahmen im Gesetz Rocco, Bern 1935, S. 36 (Berner Dissertation); **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cezalar Sistemi, Cezaların Somut Olaya Uygulanması, Dava ve Cezayı Düşüren Nedenler, Band III, İstanbul 1989, S. 109.

<sup>31</sup> **Corrado**, ders., S. 37.

<sup>32</sup> **Hedayati**, ders., S. 110.

d) Der Angeklagte kann sich vor Gericht besser verteidigen und von seinen Rechten besser Gebrauch machen, als vor einer Verwaltung.

e) Da die Sicherungsmaßnahmen und Strafen grundsätzlich nach der Tatbegehung angeordnet werden, ist es effektiver, wenn diese von der gleichen Stelle getroffen werden. Wenn die Sicherungsmaßnahmen nicht an die Bedingung der Straftat, aber an die Gefährdung geknüpft sind und wenn man bedenkt, daß die Verwaltung zu entscheiden hat, so führt dieser Umstand zu einer Verkomplizierung der Angelegenheit.

f) Das Anwendungsgebiet der Strafe ist durch die neuen Gesetze und Entwürfe geschmälert worden, wenn dann auch noch die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen in die Zuständigkeit der Verwaltung gestellt wird, so würde dies zu einer Aushöhlung der richterlichen Autorität führen. Dies kann durch die Zuständigkeit des Richters bei Sicherungsmaßnahmen vermieden werden.

Die Aufgabe des Richters ist es, die Strafen festzusetzen und die Gesellschaft durch Anordnen von Sicherungsmaßnahmen zu schützen. Auch muß der Richter auf die persönliche Freiheit achten und kann niemanden ohne triftige Gründe die Freiheit entziehen.

Im Gegensatz dazu ist die Aufgabe der Verwaltung die Durchführung der Strafe, d.h. die Ausführung der gerichtlichen Urteils. In Bezug auf die Durchführung der Sicherungsmaßnahmen ist die Verwaltung angehalten, Besserungen beim Täter festzustellen und diese dem Richter mitzuteilen. Die Freilassung der Person durch ein neues Urteil ist wiederum Aufgabe des Richters<sup>33</sup>.

In der Praxis ist die Verwaltung zur Anordnung von Sicherungsmaßnahmen in Fällen zuständig, wenn noch keine Tat begangen worden ist und bei schuldunfähigen Personen. Im Gegensatz dazu liegt die Zuständigkeit der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen beim Gericht oder gerichtähnlichen Stellen, wenn eine Sicherungsmaßnahme aufgrund einer Straftat angeordnet werden soll (zum Beispiel § 205 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930; §§ 42, 43, 44, 53-61 des schweizerischen Strafgesetzbuches von 1937). Grundsätzlich geben die Staaten dem Erkenntnisgericht die Zuständigkeit bei der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen (zum Beispiel Frankreich,

---

<sup>33</sup> Corrado, ders., S. 37.

## *Sicherungsmaßnahmen*

Griechenland, Polen, Rumänien).

In manchen Ländern gibt es neben dem Erkenntnisgericht noch einen beobachtenden Richter (Italien, Portugal, Brasilien). Jedoch liegt die Zuständigkeit des beobachtenden Richters zur Anordnung von Sicherungsmaßnahmen ausserhalb der Verhandlungen, d.h. in den Fällen, in denen der Prozess, aufgrund eines anderen selbständigen Prozesses oder aufgrund der Schuldunfähigkeit des Täters, beendet wird.

Ungefähr in jedem Land, in dem der Richter für die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen zuständig ist, ist es auch so, daß er die Art der Sicherungsmaßnahmen festlegt. Im norwegischen Recht jedoch, ist der Richter für die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen zuständig, die Art der Sicherungsmaßnahmen wird allerdings vom Strafvollzugsamt bestimmt. In Belgien und den Niederlanden (in den Niederlanden jedoch nur bei Zurechnungsunfähigen) werden solche Fälle an die Regierung weitergeleitet. In Belgien, wo die Isolierung mit einer Obergrenze dem Erkenntnisgericht obliegt, ist die Auswahl der Sicherungsmaßnahmen der Regierung überlassen. In den Niederlanden kann der Richter den Zurechnungsunfähigen direkt in eine Nervenanstalt überweisen oder ihn in eine durch das Ermessen der Regierung festgelegte Nervenanstalt übergeben. In Schweden sind die Gerichte für die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen zuständig, bedürfen hierzu aber der Erlaubnis einer Sonderkommission. Das Gericht ist an den Bericht der Sonderkommission gebunden. Wenn die Kommission das Anordnen der Sicherungsmaßnahme ablehnt, kann das Gericht keine anordnen. In Finnland erlaubt das Gericht die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen, diese werden sodann durch eine Kommission, die für ganz Finnland zuständig ist, angeordnet.

Das Internationale Strafrecht und die Kommission der Strafvollzugsanstalten (1950) haben folgende Entscheidung getroffen: Das Anordnen und die Bestimmung von Sicherungsmaßnahmen obliegt nur der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, nachdem dazu Sachverständige oder eine spezielle Kommission gehört wurden<sup>34</sup>.

Grundsätzlich sehen Gesetze älteren Datums vor, daß Sicherungsmaßnahmen

---

<sup>34</sup> Hermann, a.a.O., S. 198-199.

bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen unbedingt zu treffen sind (zum Beispiel Frankreich, Norwegen, Finnland). Anderen Staaten zufolge, die das Gericht bei der Feststellung der Gefährdung als zuständig erachten, müssen Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden, wenn die Gefährdung festgestellt worden ist. Wenn das Gesetz die Gefährdung voraussetzt, müssen Sicherungsmaßnahmen getroffen werden (Italien, Brasilien, Portugal). Neuere Gesetze geben dem Richter, der die Gefährdung feststellt, ein Ermessen in Bezug auf die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen (England, Schweiz, Schweden, Dänemark, Rumänien). Das heutige Strafrecht sieht eine Tendenz zu einem erweiterten richterlichen Ermessen bei der Anordnung und Bestimmung der Art der Sicherungsmaßnahmen vor, um somit eine der Persönlichkeit des Täters am besten passende Therapie zu sichern<sup>35</sup>.

## **II. Die Rechtsnatur der Sicherungsmaßnahmen, ihre Ähnlichkeit und Unterschiede im Vergleich zur Strafe**

### **1. Die Rechtsnatur**

Der eigentliche Zweck von Sicherungsmaßnahmen, welche nach einer Straftat gegen den Willen der Person verhängt werden und die neue Straftaten verhindern sollen und aufgrund dessen der Person Schmerz und Leiden verursachen, ist nicht die Verursachung der genannten Unannehmlichkeiten. Der verursachte Schmerz und das Leid sind zwingende Folgen der Anwendung der Sicherungsmaßnahmen. Früher wurden mit Strafen auch Buße, Sühne und eine Heimzahlung bezweckt, jedoch ist der Zweck bei Sicherungsmaßnahmen die Gesellschaft vor gefährlichen Personen zu schützen. Anders ausgedrückt werden Sicherungsmaßnahmen bei Personen, die ihre Gefährlichkeit mit ihrer Handlung unter Beweis gestellt haben, angeordnet, um neue Straftaten derselben Person zu verhindern<sup>36</sup>. Kurzum, der Zweck von Sicherungsmaßnahmen ist die Wiederholung von Straftaten zu verhindern. Es ist die Beschützung der Gesellschaft vor einer zukünftigen Tat. Sie haben nicht den Zweck, Leid zuzufügen oder Buße und Sühne zu fordern, deshalb kann man sie nicht als Strafe einordnen. Die Sicherungsmaßnahmen stellen eher Präventivmaßnahmen zum Schutze der Gesellschaft vor neuen Straftaten

---

<sup>35</sup> Hermann, a.a.O., S. 197.

<sup>36</sup> Der § 202 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930 nennt für die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen zwei Voraussetzungen: Die Begehung einer Straftat und die Gefährlichkeit des Täters für die Gesellschaft. Das gleiche Prinzip wurde auch in das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7.12.1940 in § 76 aufgenommen.

## *Sicherungsmaßnahmen*

dar, sie sind vielmehr Besserungsmaßnahmen<sup>37</sup>. Die Sicherungsmaßnahmen können verantwortlichen oder nicht verantwortlichen Personen gegenüber angeordnet, aber auch in Bezug auf Gegenstände getroffen werden.

Wenn wir uns die Rechtsnatur der Sicherungsmaßnahmen im Sinne des neuen türkischen StGB mit der Nummer 5237 anschauen, so ist festzustellen, daß im ersten Buche des türkischen StGB unter den allgemeinen Bestimmungen der dritte Abschnitt die Überschrift "Sanktionen" beinhaltet. Dort sind die Strafen gesondert von den Sicherungsmaßnahmen geregelt. In § 45 des Gesetzes steht, daß als Sanktion für Straftaten Freiheits- oder Geldstrafen vorgesehen sind. Somit ist zu erkennen, daß der Gesetzgeber Sicherungsmaßnahmen nicht als Strafe ansieht, diese sind vielmehr die Freiheits- und die Geldstrafe. Den Sicherungsmaßnahmen ist im türkischen StGB mit der Nummer 5237 zwischen den §§ 53 und 60 ein eigener Abschnitt gewidmet. Demnach sind, wenn man das Sanktionprinzip des türkischen StGB neue Fassung berücksichtigt, Sicherungsmaßnahmen keine Strafen, die nach einer Straftat verhängt werden.

### **2. Die Ähnlichkeit mit der Strafe**

Die Sicherungsmaßnahmen versuchen neben Strafen den Kampf gegen das Verbrechen zu ergänzen und weisen somit eine gewisse Ähnlichkeit mit den Strafen auf. Und in der Tat unterliegen die Sicherungsmaßnahmen genau wie die Strafen den Grundsätzen "nullum crimen sine lege" und "nulla poena sine lege" (§ 2 Abs. 1 türkisches StGB mit der Nummer 5237). Der Richter kann keine Sicherungsmaßnahmen anordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen und er kann auch keine Art von Sicherungsmaßnahmen anordnen, die nicht im Gesetz vorgesehen ist. Abgesehen davon gibt es zwischen den beiden Institutionen auch bezüglich des Gegenstandes keine Unterschiede. Sowohl die Strafe, als auch die Sicherungsmaßnahmen können zu Freiheitsentzug führen, aber sie können auch ausnahmsweise das Vermögen zum Gegenstand haben. Auch die Festsetzung der Sicherungsmaßnahmen ist wie bei den Strafen, mit wenigen Ausnahmen, abhängig von einer Straftat. Die Straftat ist das Erscheinungsbild der Gefährdung. Nachdem ordnungsgemäß feststeht, daß der Täter die Tat begangen hat, verhängen die Gerichte die Strafe oder die Sicherungsmaßnahmen<sup>38</sup>. Die Strafe und die Sicherungsmaßnahmen

<sup>37</sup> **Zeki Hafizoğulları**, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1987, S. 243 ff.

<sup>38</sup> In der Lehre wurde neben der Meinung, daß bei Personen, die noch keine Tat begangen haben, aber eine Gefährdung darstellen, Sicherungsmaßnahmen anzuordnen sind, auch die Ansicht vertreten, daß bei der Verhängung von Sicherungsmaßnahmen neben den Richtern

bezwecken die Bekehrung des Täters und versuchen ihn wieder in die Gesellschaft einzufügen<sup>39</sup>. Diese Ähnlichkeiten vor Augen, vertreten die Positivisten die Meinung, daß die Strafe und die Sicherungsmaßnahmen dieselbe Natur haben und die Sicherungsmaßnahmen anstelle der Strafe treten<sup>40</sup>. Daneben gibt es in der Lehre die Auffassung, daß zwischen der Strafe und den Sicherungsmaßnahmen in Bezug auf ihre Qualität keine Unterschiede bestehen, es beständen aber Unterschiede in ihrer Quantität; diese Meinung hat sodann die Ähnlichkeit zwischen der Strafe und den Sicherungsmaßnahmen belegt<sup>41</sup>.

### **3. Die Unterschiede zur Strafe**

Der Vergleich der Definitionen der beiden Begriffe Strafe und Sicherungsmaßnahmen legt die Unterschiede beider Institutionen frei und zwingt zur Ablegung der positivistischen Gedanken. Die Bestrafung verursacht Schmerz und Leid. Die Strafe wird nach der Straftat verhängt und bezweckt die Buße und Sühne in Bezug auf die Handlung, die vorher begangen worden ist und in Bezug auf die Zukunft wird eine spezielle und

---

auch Kommissionen, in denen auch Ärzte sind, tätig werden; siehe **Bouzat-Pinatel**, ders., t.I, S. 404.

<sup>39</sup> Siehe für die Ähnlichkeit bei der Strafe und den Sicherungsmaßnahmen **Hedayati**, ders., S. 23; **Bouzat-Pinatel**, ders., t.I, S. 404; **Donnedieu de Vabres**, ders., S. 401; **Dönmezer-Erman**, Dersler, S. 598; **Faruk Erem**, Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri, AHFD, Band I, Nummer.3, Ankara 1944, S. 351-378,352; **Taner**, ders., S. 582.

<sup>40</sup> Nach **Rabinowicz** finden sich im Gegensatz zu der Meinung der klassischen und eklektischen Autoren zwischen der Strafe und den Sicherungsmaßnahmen keine Unterschiede. Beide Institute haben den gleichen Zweck und wollen das Verbrechen verhindern. Demnach wäre jede Strafe eine Sicherungsmaßnahme und jede Sicherungsmaßnahme eine Strafe, siehe **Léon Rabinowicz**, Mesures de Sûreté, Etude de politique criminelle, Paris 1929, S. 130, 157-158.

<sup>41</sup> Dieser Meinung nach, sind die Ähnlichkeiten der Strafe und der Sicherungsmaßnahmen wie folgt aufzuzählen: Auch wenn bemerkt wird, daß die Sicherungsmaßnahmen die Rehabilitierung und seine Bekehrung bezwecken, so ist der Zweck der Strafe derselbe. Die Sicherungsmaßnahmen sehen wie die Strafe die Wiederengliederung des Täters in die Gesellschaft und die Einhaltung der Gesellschaftsregeln vor. Auch ähneln sich die freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen und die Freiheitsstrafen. Denn unabhängig davon, daß man sie Sicherungsmaßnahmen nennt, verursachen freiheitsentziehende Sicherungsmaßnahmen ebenfalls Schmerz und Leid. Der Richter beachtet bei der Strafzumessung im konkreten Fall die Gefährlichkeit des Täters und verhängt die Strafe im Verhältnis dazu, diese Gefährlichkeit hat aber auch die gleiche Bedeutung bei der Anordnung der Sicherungsmaßnahmen. Die Sicherungsmaßnahmen haben wie die Strafen auch, ihren Platz im Gesetz. Auch das Gesetzlichkeitsprinzip, die für Strafen gilt, trifft ebenso auf die Sicherungsmaßnahmen zu. Die Sicherungsmaßnahmen müssen ebenfalls wie die Strafen vom Richter verhängt werden; siehe **Önder**, ders., Band III, S. 102, 103.

## *Sicherungsmaßnahmen*

allgemeine Prävention getroffen. Die Sicherungsmaßnahmen sind nur auf die Zukunft hin ausgerichtet. Sie bezwecken die Verhinderung einer neuen Straftat durch den Täter und somit den Schutz der Gesellschaft. Sie haben das Ziel, unabhängig von der Schuldfähigkeit des Täters, seine Gefährlichkeit mit einer geeigneten Therapie zu bekämpfen. Anders ausgedrückt, ist der Kern der Sicherungsmaßnahmen, die Gesellschaft vor der Gefährlichkeit mancher Personen mit geeigneten Mitteln zu schützen<sup>42</sup>. Der Zweck der Sicherungsmaßnahmen ist gleichermaßen die Rehabilitierung, die Bekehrung und die Wiederaufnahme des Täters in die Gesellschaft. Der Täter, der mit der Tatbegehung seine Gefährlichkeit unter Beweis gestellt hat, soll rehabilitiert, erzogen, von seiner gefährlichen Eigenschaft gereinigt und aus seiner kriminellen Umgebung entfernt werden<sup>43</sup>. Daneben darf nicht aus dem Auge verloren werden, daß die freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen der Person Schmerz und Leid verursachen und daß die Sicherungsmaßnahmen aufgrund ihrer Natur ohne zeitliche Begrenzung als Sanktion mindestens so schwerwiegend sind wie die Strafen, wenn nicht sogar noch weitergehend<sup>44</sup>. Auch wenn sie vom Täter als Schmerz und Leid empfunden werden, so sind diese Wirkungen der Sicherungsmaßnahmen eine zwingende Folge ihrer Anordnung. Sie stellen aber keinen selbständigen Zweck dar. In dieser Hinsicht ist Vorsicht geboten bei der Einhaltung einer Mindestgrenze, wenn die Sicherungsmaßnahmen per Zwang angewendet werden; denn das dadurch verursachte Leid darf auch im Hinblick auf die Erreichung einer Rehabilitation eine Mindestgrenze nicht überschreiten.

Die grundsätzlichen Unterschiede bezüglich der Zwecke der Sicherungsmaßnahmen und der Strafen führen zu folgenden

---

<sup>42</sup> Stoos hat in diesem Zusammenhang folgendes verfasst: "Die Ähnlichkeit der Sicherungsmaßnahmen und der Strafen liegt nur im äußeren Erscheinungsbild. Eigentlich sind beide Sanktionen ganz unterschiedlich. Der Strafvollzug lehnt sich an die Handlung der Straftat an. Nachdem feststeht, daß die Handlung begangen wurde, kann der Richter nicht anderes tun, als die gesetzliche Strafe zu verhängen. Im Gegensatz dazu ist bei der Sicherungsmaßnahmen das Kriterium nicht die Straftat. Das Kriterium ist veilmehr die Persönlichkeit des Täters, die Straftat ist ein einfaches Erscheinungsbild der Gefährlichkeit"; siehe **Hedayati**, ders., S. 25-26 Fn.4.

<sup>43</sup> Vgl. **Zeki Hafizoğulları**, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2008, S. 438.

<sup>44</sup> Der französische Autor **Roux** vertritt die Meinung, daß Rehabilitierungsmaßnahmen, wenn sie gegen den Willen der Person erfolgen, einen Zwang darstellen und unabhängig davon, wie man es benennt, die Freiheitsentziehung einer Person gegen ihren Willen die Hölle auf Erden ist; siehe **J.-A.Roux**, Cours de droit criminel français, t.I, Droit pénal, 2. e éd., Paris 1927, S. 375-376.



Schlussfolgerungen:

1. Die Strafe und die Sicherungsmaßnahmen unterscheiden sich von ihrer Natur aus in ihrer zeitlichen Dauer. Das Gesetz sieht die Dauer des Strafmaßes für jede Handlung vor, während die Dauer der Sicherungsmaßnahmen, die bei der Gefährlichkeit des Täters anzuordnen sind, nicht gesetzlich bestimmt sind. In der Tat kann nicht vorausgesagt werden, wie lange die Gefährlichkeit des Täters andauern wird, dies ist vergleichbar mit der Situation eines Arztes, der nicht weiß, wann die Genesung seines Patienten erfolgen wird. Solange die Gefährlichkeit des Täters für die Gesellschaft andauert, so lange werden die Sicherungsmaßnahmen weitergeführt. In dieser Eigenschaft werden die Sicherungsmaßnahmen als Urteile ohne zeitliche Begrenzung angesehen<sup>45</sup>. Da aber die Unbestimmtheit der zeitlichen Dauer bei der Rehabilitation des Täters einen negativen Einfluß hat, sehen die Gesetze die Mindest- und Obergrenze bei Sicherungsmaßnahmen vor (Urteile bezüglich relativer unbestimmter Dauer). So ist in manchen Ländern zum Beispiel die Obergrenze der Sicherungsmaßnahmen festgesetzt, um bei der Durchführung der Sicherungsmaßnahme den Betroffenen nicht in Hoffnungslosigkeit und Apathie zu stürzen (siehe Belgien und Spanien und den französischen Entwurf von 1934). Im Gegensatz dazu haben andere Länder eine Mindestdauer der Sicherungsmaßnahmen geregelt, da zu kurze freiheitsentziehende Sicherungsmaßnahmen eher Schaden zufügen, als sie nützlich sind und die Schutzmaßnahmen, die Rehabilitierung und Besserung einer Person nur in einem längeren Zeitraum zu erreichen sind (zum Beispiel Italien, Brasilien, Polen). Eine dritte Gruppe von Ländern haben sowohl die Mindest- als auch die Obergrenze bei Sicherungsmaßnahmen festgelegt (England für *corrective training and preventive detention*, Rumänien). Grundsätzlich bestimmen die Länder bei Zurechnungsunfähigen keine Obergrenze (anders Belgien und der französische Entwurf von 1934)<sup>46</sup>. Länder, in denen eine Obergrenze der Sicherungsmaßnahmen vorgesehen ist, geben dem Richter ein Ermessen bezüglich der Festlegung der Fortdauer anhand der Gefährlichkeit (Belgien, Niederlande). Die Dauer der Sicherungsmaßnahmen ist in Ländern wie England und Dänemark nicht an die Art und Schwere der Handlung gebunden. Während manche Länder wie in Brasilien (§ 91 des brasilianischen

---

<sup>45</sup> Hedayati, ders., S. 26.

<sup>46</sup> Das schweizerische Strafgesetzbuch von 1937 nennt in § 43 keine Dauer der Sicherungsmaßnahmen für straffällige Unzurechnungsfähige.



## *Sicherungsmaßnahmen*

Strafgesetzbuches vom 7.12.1940)<sup>47</sup> die Dauer der Sicherungsmaßnahmen bei Zurechnungsunfähigen an die Schwere der begangenen Handlung knüpfen, wird in Schweden die Schwere der Handlung nur vor Augen gehalten<sup>48</sup>.

2. Die Durchführung der freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen unterscheidet sich von den gleichgearteten Strafvollziehungen. Die Strafe sieht eine Art Heimzahlung vor, die der betroffenen Person Schmerz und Leid zufügt, dieser Gedanke ist bei der Durchführung bei Sicherungsmaßnahmen aber nicht vorhanden. Deshalb unterliegen Betroffene, bei denen die freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen vollzogen werden, einer anderen Regelung, als die Personen, die mit einer Freiheitsstrafe belegt worden sind. In Instituten, in denen die Sicherungsmaßnahmen vollzogen werden, gelten pädagogische und medizinische Grundsätze. In diesen Instituten werden die Betroffenen nicht bestraft, ganz im Gegenteil, es wird versucht, ihre Gefährdung für die Gesellschaft zu beseitigen und sie zu bessern, zu rehabilitieren. Der Strafvollzug ist in seiner Art und Weise gekennzeichnet durch eine Begrenzung; während bei Personen, die für die Gesellschaft eine Gefährdung darstellen und bei denen bezweckt wird, diese Gefährdung zu beseitigen, die Anwendung der Sicherungsmaßnahmen bei jeder Person anders durchgeführt werden kann, da auch die Gefährlichkeit, welche bekämpft werden soll, Unterschiede aufweisen kann. Man kann nach dem Beginn des Vollzuges der Sicherungsmaßnahmen, je nach Reaktion des Betroffenen, andere Sicherungsmaßnahmen anwenden. Da der Zweck der Sicherungsmaßnahmen die Rehabilitation, Besserung und Wiedereinführung des Betroffenen in die Gesellschaft ist, sollte das Leben in der Institution, wo die Sicherungsmaßnahme angewendet wird, den Umständen des normalen Lebens so nah wie möglich sein. Anders ausgedrückt, sollten der Schmerz und das Leid, welches die zwangsweise Durchführung der Sicherungsmaßnahmen verursachen, auf ein Mindestmaß beschränkt werden<sup>49</sup>.

3. Da der einzige Zweck der Sicherungsmaßnahmen der Schutz der Gesellschaft vor der Gefährlichkeit des Betroffenen ist, indem man sie von der

<sup>47</sup> Für das brasilianische Strafgesetzbuch siehe, Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1940 (Übersetzer: **Dietrich Lang- Hinrichsen**), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXI, Berlin 1953.

<sup>48</sup> **Hermann**, a.a.O., S. 197–198.

<sup>49</sup> **Hedayati**, ders., S. 26–27, 129–130; **Hafizoğulları**, Ceza Normu, S. 245.

Gesellschaft fern hält oder versucht, sie wieder in die Gesellschaft einzuführen, spielt es für die Sicherungsmaßnahmen keine Rolle, ob der Betroffene normal, zurechnungsunfähig, erwachsen bzw. Jugendlicher ist oder eine geistige / moralische Verantwortung hat oder nicht. Die Strafe hingegen sieht auch den Zweck der Einschüchterung vor, so daß der Straftäter mit der Angst vor einer neuen Strafe keine Tat mehr begeht, diese Angst fehlt jedoch bei manchen Personen (zum Beispiel bei Zurechnungsunfähigen), deshalb kann sie bei ihnen nicht angewendet werden. Strafen werden daher bei Personen mit einer moralischen Verantwortung angewendet (das Prinzip, daß es ohne Schuld keine Strafe gibt), Sicherungsmaßnahmen hingegen bei Personen, die keine Urteilsfähigkeit oder Willensbildung haben, weil man auch bedenkt, daß diese Personen eine größere Gefährdung für die Gesellschaft darstellen<sup>50</sup>.

4. Die Strafe, die aufgrund einer begangenen Handlung ausgesprochen wird, ist in ihrer Art und Dauer abhängig von dem Grad der moralischen Verantwortung und der Schwere der Tat. Deshalb kann sie in vielen Fällen auch kurzzeitig sein. Demgegenüber haben die moralischen Verantwortung und die objektive Schwere der Tat keinen Einfluß auf die Sicherungsmaßnahmen. Die Sicherungsmaßnahmen werden in Bezug auf die Gefährlichkeit, die der Täter für die Gesellschaft darstellt, getroffen. Die Dauer der Sicherungsmaßnahmen ist an den Grad der Gefährlichkeit gebunden. Die Sicherungsmaßnahme, die an die Gefährlichkeit des Täters gebunden ist, wird so lange angewandt, wie die Gefährdung andauert. Die Sicherungsmaßnahmen, die die Beseitigung der Gefährlichkeit der Person bezwecken, enden, wenn sie ihren Zweck erreichen, d.h. mit der erfolgreichen Beseitigung der Gefährlichkeit. Deshalb kann die Dauer der Sicherungsmaßnahmen, die an die Gefährlichkeit geknüpft ist, nicht von Anfang an bestimmt werden<sup>51</sup>.

5. Ein weiterer Unterschied zwischen den Strafen und den Sicherungsmaßnahmen ist, daß manche Besonderheiten der Strafen, wie die Anwendung der zur Zeit geltenden Gesetze, Amnestie, Straferlass, Aussetzung der Gefängnisstrafe zur Bewährung, Verjährung nicht auf Sicherungsmaßnahmen anwendbar sind. Wir werden nun diese Themen untersuchen.

---

<sup>50</sup> Bouzat-Pinatel, ders., t.I., S. 405; Roux, ders., t.I, S. 383; Vidal-Magnol, ders., t.I, S. 616-617; Hedayati, ders. S. 27; Dönmezer-Erman, Dersler, S. 596-597; Erem, a.a.O. S. 353; Hafizoğulları, Ceza Normu, S. 245-246.

<sup>51</sup> Bouzat-Pinatel, ders., t.I., S. 406; Hedayati, ders., S. 28; Vidal-Magnol, ders., t.I, S. 616-617; Erem, a.a.O., S. 353; Donnedieu de Vabres, ders., S. 900.

## *Sicherungsmaßnahmen*

a) Gesetze, die die Sicherungsmaßnahmen betreffen, sollen unbedingt sofort auf die Sicherungsmaßnahmen angewandt werden, sobald sie in Kraft treten, ohne dabei auf den Zeitpunkt der Handlung abzustellen. Diese Meinung wird wie folgt begründet:

aa) Die Sicherungsmaßnahmen beinhalten nicht die Eigenschaften des Zufügens von Schmerz und Leid und sie werden auch nicht nach der moralischen Verantwortung und der Schwere der Tat angeordnet, sie werden nach der Gefährlichkeit, die der Täter für die Gesellschaft darstellt, festgesetzt. Dieser Umstand wird zum Zeitpunkt der Urteilsfällung berücksichtigt. Da der Richter diesen Zeitpunkt berücksichtigt, kann der Täter nicht einwenden, er habe bei Begehung der Tat eine mildere Sanktion erwartet.

bb) Da zwischen den Sicherungsmaßnahmen keine graduellen Unterschiede wie bei der Strafe bestehen, kann nicht behauptet werden, die eine Sicherungsmaßnahme sei geringfügiger als die andere.

cc) Da desweiteren mit Sicherungsmaßnahmen, die Rehabilitation, Besserung, Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft und die Verhinderung von erneuten Straftaten bezweckt wird, kann diesem Zweck nur die Sicherungsmaßnahme dienlich sein, die im letzten Gesetz (das Gesetz, welches bei Urteilsfällung gilt) genannt wird<sup>52</sup>. Das Prinzip der sofortigen Anwendung der Sicherungsmaßnahmen wurde zum Beispiel von dem italienischen Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1930 (§200)<sup>53</sup>, von dem griechischen Strafgesetzbuch vom 17.8.1950 (§4 Abs. 1)<sup>54</sup>, von dem brasilianischen Strafgesetzbuch datiert mit dem 7.12.1940 (§ 75) und mit manchen Ausnahmen von dem deutschen Strafgesetzbuch (§ 2 Abs. 6) aufgenommen.

Jedoch ist zu beobachten, daß in der Lehre das Prinzip der sofortigen Anwendung der Sicherungsmaßnahmen einer Begrenzung unterworfen wird. In der Tat vertreten manche Autoren bei Sicherungsmaßnahmen,

<sup>52</sup> **Hedayati**, ders., S. 118; **Roger Merle-André Vitu**, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 5. e éd., Paris 1984 S. 318; **Donnedieu de Vabres**, ders., S. 400.

<sup>53</sup> Für das italienische Strafgesetzbuch siehe, .Das Italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930 (Konigl.Dekret Nr.1398) (Übersetzer **Roland Riz**), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher Nr.XC.Berlin 1969.

<sup>54</sup> Für das griechische Strafgesetzbuch siehe, Das griechische Strafgesetzbuch vom.17 August 1950, (çev: **D.Karanikas**), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr.LIX, Berlin 1953.

die sich sehr der Strafe annähern und strafähnliche Funktionen übernehmen (die freiheitsentziehenden oder freiheitseinschränkenden Sicherungsmaßnahmen) die Anwendung des günstigeren Gesetzes; bei den anderen Sicherungsmaßnahmen, d.h. bei Sicherungsmaßnahmen die den Täter schützen oder ihm hilfreich sind, die sofortige Anwendung des neuen Gesetzes<sup>55</sup>.

**b)** Die Generalamnestie verhindert die Anwendung der Sicherungsmaßnahmen. Da die Generalamnestie die strafbare Eigenschaft der Handlung oder bei Verurteilung die Strafe und alle strafähnlichen Folgen aufhebt und die Voraussetzung der Sicherungsmaßnahmen die Begehung einer strafbaren Handlung ist, verhindert die Generalamnestie die Durchführung von Sicherungsmaßnahmen<sup>56</sup>. Demgegenüber wurde in der Lehre ausgeführt, daß die Sicherungsmaßnahmen bei der Gefährlichkeit des Täters angewendet werden und daß trotz einer Generalamnestie die Sicherungsmaßnahmen bei Zurechnungsunfähigen und Jugendlichen, die in Rehabilitierungs- oder Schutzinstitutionen eingewiesen sind, weitergeführt werden müssen<sup>57</sup>.

Zu diesem Thema werden rechtsvergleichend betrachtet drei Systeme vertreten:

**aa)** Nach dem ersten System können Sicherungsmaßnahmen nicht angewandt werden, da der Prozess mit der Amnestie hinfällig wird. Somit fallen auch die angeordneten Sicherungsmaßnahmen weg (§ 210 Abs. 1 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930).

**bb)** Manche Gesetze legen ausdrücklich fest, daß die Generalamnestie keinen Einfluß auf die Sicherungsmaßnahmen hat (siehe dazu als Beispiel § 172 des rumänischen Strafgesetzbuches vom 27.2.1948)<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> **Thorman-von Overbeck** (40, Fn. 16), zitiert in **Paul Logoz**, Commentaire du code pénal suisse, partie générale ( Art. 1 à 110 ), Neuchâtel–Paris 1939, S. 9-10; **Merle-Vitu**, ders., S. 319; in derselben Richtung **Donnedieu de Vabres**, ders., S. 900.

<sup>56</sup> **Marc-Henri Thélin**, Nature et régime juridique des mesures de sûreté, Lausanne 1931, S. 138 (Lausanne Dissertation); **Erem**, a.g.m, S. 354; siehe für die gegenteilige Meinung **Dönmezer-Erman**, Dersler, S. 700; **Bouzat-Pinatel**, ders., t.I, S. 408,860; **Jean Constant**, Manuel de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif belge, t.II; Les peines et les mesures de sûreté, Liège, 1960, S. 1135-1136; **Jean-Paul Doucet**, Précis de droit pénal général, Liège, 1976, 284.

<sup>57</sup> **Thélin**, ders., S. 138; **Trousse**, Nouvelles de droit pénal, t.I, Nr.1959, zitiert in **Doucet**, ders., S. 284, Fussnote 23.

<sup>58</sup> Für das rumänische Strafgesetzbuch siehe, Rumänisches Strafgesetzbuch, Amtlicher Text, mit den Abänderungen bis zum 1. Dezember 1960, (Übersetzer **Paula Tiefenthaler-Alois**

## *Sicherungsmaßnahmen*

**cc)** § 90 des Entwurf des französischen Strafgesetzbuches von 1934 besagt, daß die Generalamnestie die Durchführung der Sicherungsmaßnahmen verhindert. Doch § 92 des gleichen Entwurfes sieht vor, daß die Generalamnestie die Einweisung der Person in eine Rehabilitierungsinstitution und Maßnahmen hinsichtlich des Vermögens nicht beeinflusst<sup>59</sup>.

Das türkische Strafgesetzbuch mit der Nummer 5237 beinhaltet keine Regelung bezüglich des Einflusses der Generalamnestie auf Sicherungsmaßnahmen. Sie regelt nur, daß die Generalamnestie bei beschlagnahmten Gegenständen keine Wirkung entfalten wird. Nach § 74 (§ 100 des türkischen StGB alte Fassung) werden beschlagnahmte Gegenstände nach der Generalamnestie nicht herausgegeben.

Die Wirkung der Generalamnestie auf die Sicherungsmaßnahmen kann nur mit einer ausdrücklichen Regelung seitens des Gesetzgebers beendet werden.

**c)** Der Straferlass, welcher den Strafvollzug beeinflusst (die rechtskräftige Verurteilung aufhebt, mindert oder ändert), hat auf die Sicherungsmaßnahmen keine Wirkung. In der Tat verhält es sich so, daß die Nichtvollziehbarkeit des rechtskräftigen Urteils, d.h. die Einwirkung auf den Strafvollzug, die Gefährlichkeit des Täters nicht beseitigt. Da die Sicherungsmaßnahmen aufgrund der Gefährlichkeit des Täters angeordnet werden, kann auch bei den Folgen der Sicherungsmaßnahmen nur die Gefährlichkeit des Täters vor Augen gehalten werden<sup>60</sup>.

Bezüglich der Wirkung des Straferlasses auf die Sicherungsmaßnahmen werden rechtsvergleichend untersucht verschiedene Lösungen vertreten:

**aa)** § 90 des französischen Entwurfes zum Strafgesetzbuch von 1934 sieht die Verhinderung der Durchführung der Sicherungsmaßnahmen durch den Straferlass vor. Diese Norm wurde in der Lehre kritisiert<sup>61</sup>.

**bb)** Manche Gesetze regeln ausdrücklich, daß der Straferlass keinerlei Auswirkungen auf den Vollzug der Sicherungsmaßnahmen hat (zum Beispiel § 173 des rumänischen Strafgesetzbuches vom 27.2.1948)

---

**Provasi)** Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr.LXXXI, Berlin 1964.

<sup>59</sup> **Hedayati**, ders. , S. 124.

<sup>60</sup> **Erem**, a.a.O., S. 354.

<sup>61</sup> **Hedayati**, ders., S. 124.

cc) Das System des italienischen Strafgesetzbuches von 1930 ist wie folgt: Die Aufhebung der Strafe verhindert grundsätzlich die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen. Doch ausnahmsweise werden Sicherungsmaßnahmen, die per Gesetz jederzeit angeordnet werden dürfen (so bei Gewohnheitstätern, bei gewerbsmäßiger Begehung von strafbaren Handlungen oder beim Hang zum Verbrechen, § 109), durch die Aufhebung der Hauptstrafe nicht berührt. Bei einem Straferlass, der Hauptstrafen, die eine Freiheitsstrafe von über 10 Jahren festsetzen, betrifft, werden die Sicherungsmaßnahmen auch weiterhin durchgeführt. Doch wenn diese Strafe in einer landwirtschaftlichen Kolonie oder Arbeitsgruppe abzuleisten ist, können diese durch Freiheit in Aufsicht ersetzt werden (§ 210 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches aus dem Jahr 1930).

In Bezug auf die Wirkung des Straferlasses auf Sicherungsmaßnahmen gab es in dem alten türkischen Strafgesetzbuch mit der Nummer 765 keine Regelung. Die Regelung des § 87 aus dem italienischen Strafgesetzbuch des Jahres 1889, welche besagt, daß solange nichts Gegenteiliges geregelt ist, der Straferlass die Stellung unter Polizeiaufsicht nicht beeinflussen wird, wurde nicht in das türkische StGB alte Fassung aufgenommen. Dieser Umstand besagt nicht, daß der Straferlass die Sicherungsmaßnahmen beeinflusst. Das türkische StGB alte Fassung mit der Nummer 765 sah in seinem § 42 folgendes vor: "... das Datum, an dem die Hauptstrafe abgeschlossen oder teilweise oder ganz erlassen wurde ...". Diese Norm wurde mit dem Gesetz mit der Nummer 3552 vom 15.4.1987 aufgehoben. Die Amnestie in dieser Norm war eine Begnadigung. Das türkische Strafgesetzbuch alter Fassung<sup>62</sup> sah vor, daß die Begnadigung die Durchführung von Sicherungsmaßnahmen nicht berührt, mit anderen Worten, die Sicherungsmaßnahmen trotz der Begnadigung durchzuführen zu sein.

In dem neuen türkischen Strafgesetzbuch mit der Nummer 5237 befindet sich ebenfalls keine ausdrückliche Norm dazu, ob der Straferlass die Sicherungsmaßnahmen beeinflusst oder nicht. Doch in § 65 Abs. 2 des türkischen StGB steht: "Mit dem Straferlass wird die Freiheitsstrafe im Strafvollzug aufgehoben oder die Dauer in der Strafvollzugsanstalt gemindert

<sup>62</sup> Auch der oberste türkische Gerichtshof war der Auffassung, daß der Straferlass die Stellung unter Polizeiaufsicht nicht beeinflusst: "Auch wenn die Hauptstrafe mit einem Straferlass aufgehoben wird, müssen die Stellung unter Polizeiaufsicht weiter durchgeführt werden" 1. Strafsenat., 21.3.1951, E.644/K.598, zitiert in **Dönmezer-Erman**, Dersler, S. 703, Fn.3.

## *Sicherungsmaßnahmen*

oder in eine Geldstrafe umgewandelt". Aufgrund dieser Aussage, geht man davon aus, daß der Straferlass nur die Freiheitstrafe beeinflusst.

In § 74 Abs. 1 des türkischen StGB steht: "Die Amnestie, der Straferlass, die Rücknahme des Strafantrags erfordern keine Rückgabe eingezogener Gegenstände oder Erstattung gezahlter Geldstrafen". In dieser Norm ist festgehalten, dass die Beschlagnahme von Sachen, welche eine Sicherungsmaßnahme darstellt, durch den Straferlass nicht berührt wird<sup>63</sup> (türkisches StGB alte Fassung § 100).

**d)** Die Frage ob Sicherungsmaßnahmen aufgeschoben werden können, hat in der Lehre zu Meinungsverschiedenheiten geführt.

**aa)** Die Vertreter der Meinung, daß die Sicherungsmaßnahmen nicht aufgeschoben werden können, begründen dies wie folgt:

**aaa)** Der mit Sicherungsmaßnahmen verfolgte Zweck ist, die Gefährlichkeit einer Person für die Gesellschaft aufzuheben. Sicherungsmaßnahmen werden aufgrund der Gefährlichkeit angeordnet. Die Gefährlichkeit einer Person ist entweder vorhanden oder nicht. Wenn sie nicht gegeben ist, so müssen auch keine Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden. Doch falls die Gefährlichkeit vorhanden ist, so können die Sicherungsmaßnahmen, die die Gesellschaft vor dieser Gefahr schützen, nicht aufgeschoben werden<sup>64</sup>. Hafter<sup>65</sup> vertritt die Meinung, daß die Sicherungsmaßnahmen von ihrer Natur aus nicht aufschiebbar sind und diese aufgrund der Gefährlichkeit der Person oder aufgrund der Gefahr oder des Schadens einer Sache angeordnet werden, da diese Gefahr aufgehoben werden soll. Wenn die Voraussetzungen gegeben sind, muss das geeignete Mittel eingesetzt werden

**bbb)** Da die Sicherungsmaßnahmen nicht ausgesetzt werden können, können diese auch im Falle einer Umwandlung der Strafe in eine

---

<sup>63</sup> Zu dem Thema des Einflusses des Straferlasses auf die Sicherungsmaßnahmen im türkischen Rechts, siehe **Faruk Erem-Ahmet Danişman-Mehmet Emin Artuk**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Auflage, Ankara 1997, S. 940; **Selahattin Keyman**, *Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af)* Ankara 1965, S. 116–117; (Dissertation); **Dönmezer-Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Band III, 10. Auflage, İstanbul 1985, S. 307–308; dieselben Autoren, *Dersler*, S. 703.

<sup>64</sup> **Hedayati**, *ders.*, S. 125 ; in derselben Richtung **Bouzat-Pinatel**, *ders.*, t.I, S. 408; **Donnedieu de Vabres**, *ders.*, S. 524.

<sup>65</sup> **Ernst Hafter**, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Bern 1946 S. 333-334.



Sicherungsmaßnahme nicht ausgesetzt werden (zum Beispiel §§ 50 Abs. 5, 51 des türkischen StGB mit der Nummer 5237, im Strafvollstreckungsgesetz mit der Nummer 647 § 4). Die Aussetzung der Strafe ist ein Institut, welches das Strafsystem betrifft und ist deswegen schon nicht auf das System der Sicherungsmaßnahmen anwendbar<sup>66</sup>.

Auch auf der Internationalen Konferenz zum Straf- und Strafvollzugsrecht aus dem Jahr 1939 in Prag wurde – von manchen Ausnahmen abgesehen – die Anwendbarkeit der Aussetzung auf die Sicherungsmaßnahmen nicht empfohlen<sup>67</sup>.

**bb)** Manche Autoren vertreten die Auffassung, daß die Sicherungsmaßnahmen auch ausgesetzt werden können. Exner zum Beispiel sieht vor, daß die Sicherungsmaßnahmen Alkoholiker in eine Anstalt oder in eine Arbeitsgruppe zu überweisen oder die Verbannung aus dem Land aufzuschieben sind. Da die genannten Sicherungsmaßnahmen gleichzustellen sind mit der Strafandrohung, wird der Betroffene die Anwendung dieser Sanktionen nicht begrüssen<sup>68</sup>. Exner antwortet wie folgt auf die Behauptung, daß man eine Sanktion, die die Gefährlichkeit der Person betrifft, nicht aufgeben kann: “Wenn dieser Gedanke richtig wäre, so kann man bei Sicherungsmaßnahmen auch nicht von einer Aussetzung des Strafrestes auf Bewährung sprechen. Entweder dauert die Gefahr einer Person noch an oder sie ist vergangen. In beiden Fällen ist eine bedingte Entlassung nicht möglich”.

Der Vergleich Exner’s von der bedingten Entlassung und Aussetzung der Gefängnisstrafe zur Bewährung wurde als nicht richtig empfunden. Es wurde gesagt, die bedingte Entlassung sei eine im Gesetz vorgesehene Möglichkeit, die nach Absitzen einer bestimmten Mindestzeit und solange das Gegenteil nicht bewiesen werden kann, bei Personen die keine Gefahr darstellen, angewendet werden kann. Die zuständige Behörde setzt die bedingte Entlassung nicht direkt nach Feststellen der Gefährdung fest, sondern dann, nachdem die Sicherungsmaßnahmen eine gewisse Zeit durchgeführt wurde. In

<sup>66</sup> **Dönmezer-Erman**, ders., Band III, S. 31.

<sup>67</sup> **Hedayati**, ders., S. 126-127.

<sup>68</sup> **F.Exner**, Die bessernden und sichernden Massregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Berücksichtigung des schweizerischen Entwurfs von 1928, *Revue pénale suisse* 34, S. 187 ff., zitiert in **Lavanchy**, S. 83; Auch ist der Autor der Meinung, daß die Aussetzung der Gefängnisstrafe zur Bewährung bei Schuldunfähigen nicht anwendbar ist Siehe **F.Exner**, *Les M.S et leur classification, Actes C.P.P.I., t.II*, Prague 1930, S. 29, zitiert **Hedayati**, ders., S. 126, Fussnote I.



## *Sicherungsmaßnahmen*

der Tat kann man eine Person, bei der eine Sicherungsmaßnahme angeordnet wurde, nicht mit einer Person, bei der die Gefährdung nur bewiesen ist, nicht gleichsetzen<sup>69</sup>.

Rechtsvergleichend betrachtet kann man feststellen, daß die Gesetze verschiedene Lösungswege aufzeigen:

**cc)** In manchen Ländern wird die Aussetzung zur Bewährung der Sicherungsmaßnahmen abgelehnt (zum Beispiel § 65 des rumänischen Strafgesetzbuches vom 27.2.1948)

**dd)** Wiederum andere Länder stellen die Aussetzung der Sicherungsmaßnahmen in das Ermessen des Richters (zum Beispiel § 97 F des kubanischen Sozialverteidigungsgesetzes)<sup>70</sup>.

**ee)** Das italienische Strafgesetzbuch hingegen sieht vor, daß die Sicherungsmaßnahmen, welche neben den Hauptstrafen im Gesetz für gefährliche Personen, vorgesehen sind, nicht bedingt auszusetzen sind (§ 164 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930). Die Aufschiebung der Hauptstrafe führt ausser bei Beschlagnahmungen zur Verhinderung der Sicherungsmaßnahmen (§ 164 Abs. 3 des italienischen Strafgesetzbuches)

**ff)** Das Gericht, welches eine Sicherungsmaßnahme in Art der Einweisung in eine psychiatrische Klinik oder andere Institution zur Bekämpfung von schlechten Angewohnheiten getroffen hat, kann bei Vorliegen von Umständen, die die Prognose bestätigen, daß der von der Aufschiebung der Sicherungsmaßnahme zu erwartende Nutzen im speziellen Fall tatsächlich vorhanden ist, die Sicherungsmaßnahme aufschieben. Wenn die Freiheitstrafe, die gemeinsam mit der Sicherungsmaßnahme verhängt worden ist, nicht ausgesetzt wird, so kann auch der Vollzug der Sicherungsmaßnahme nicht aufgeschoben werden (§ 67 b des deutschen Strafgesetzbuches vom 2.1.1975)<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> **Exner**, Les M.S et leur classification, S. 30, zitiert in **Hedayati**, ders., S. 125-126.

<sup>70</sup> Für das kubanische Sozialverteidigungsgesetz siehe, Das cubanische Gesetzbuch der sozialen Verteidigung vom 4.April 1936 (Übersetzer **Günter Blau**) Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXII, Berlin 1957.

<sup>71</sup> Für die Übersetzung des Allgemeinen Teils des deutschen Strafgesetzbuches in die türkische Sprache, siehe **Kayhan İçel-Feridun Yenisey**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 3.Auflage, İstanbul 1990, S. 1000-1038.

Im türkischen Recht herrscht der Gedanke, daß Sicherungsmaßnahmen nicht ausgesetzt werden können, da sie keine Strafen sind<sup>72</sup>. Deshalb sind folgende Sicherungsmaßnahmen nicht aufschiebbar: bei Tätern, die eine geistige Behinderung haben, § 57 des türkischen StGB mit der Nummer 5237 (§ 46 des türkischen StGB alte Fassung); Sicherungsmaßnahmen, die die Besserung, Rehabilitation und Therapie von Kindern betreffen, türkisches StGB § 56, § 5 des Kinderschutzgesetzes mit der Nummer 5395 (§ 53 Abs. 2 und § 54 Abs. 1 des türkischen StGB alte Fassung, § 10 des Gesetzes mit der Nummer 2253 vom 7.11.1979 zur Einrichtung von Kindergerichten und deren Aufgaben und Prozessarten). Wenn die Strafe in eine Sicherungsmaßnahme umgewandelt wurde, ist eine Aussetzung ebenfalls nicht möglich (§ 50 Abs. 5, § 51 des türkischen StGB mit der Nummer 5237 und § 4 des Strafvollzugsgesetzes mit der Nummer 647).

e. Es besteht ein Meinungsstreit darüber, ob die Verfolgungsverjährung des Prozesses die Anwendung der Sicherungsmaßnahmen verhindert oder nicht.

Einer Meinung<sup>73</sup> nach, sind Sicherungsmaßnahmen nur bei einer Tat, die einer Strafverfolgung unterlag, anzuordnen und da die Verfolgungsverjährung jegliche Art der Strafverfolgung verhindert, muß man annehmen, daß die Verfolgungsverjährung den Vollzug der Sicherungsmaßnahmen verhindert. Diesen Gedanken kann man im deutschen Strafgesetzbuch in § 78 Abs. 1 bei der Verjährung der Ahndung einer Tat und in § 79 bei der Vollstreckungsverjährung der Vollstreckungsmaßnahme sehen. In § 78 Abs. 1 heißt es: "Die Verjährung schließt die Ahndung der Tat und die Anordnung von Maßnahmen aus...". § 79 Abs. 1 besagt, daß eine rechtskräftig verhängte Strafe oder Maßnahme nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht mehr vollstreckt werden darf. Abs. 4 desselben Paragraphen setzt die Verjährungsfristen bei Sicherungsmaßnahmen fest: Danach beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre. Doch in sonstigen Fällen der Führungsaufsicht sowie bei der ersten Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist die Verjährungsfrist nur 5 Jahre. Nun kann man der oben genannten Meinung folgendes entgegenhalten<sup>74</sup>:

<sup>72</sup> **Erem-Damışman-Artuk**, S. 812; **Önder**, ders., Band III, S. 194.

<sup>73</sup> **Logoz**, a.g.e, S. 305; **Habibollah Moazzami**, La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse, Etude de droit comparé, Montreux 1952, S. 328 (Genfer Dissertation); **Erem**, a.a.O., S. 354.

<sup>74</sup> **Hedayati**, ders., S. 127; **Bouzat-Pinatel**, ders., t.I S. 407 ; **Pradel**, ders., S. 492.

## *Sicherungsmaßnahmen*

Da die Sicherungsmaßnahmen sich an der Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit orientieren, müssen diese solange diese Gefährlichkeit andauert auch angewendet werden. Anders ausgedrückt, die Gefährdung kann länger als die Verjährung andauern. Deshalb sollten die Verjährungsfristen für die Strafen nicht bei den Sicherungsmaßnahmen angewandt werden. § 79 Abs. 4 des deutschen StGB besagt, daß die Vollstreckung der Sicherheitsverwahrung nicht verjährt. Somit wird die Gefährdung ausreichend berücksichtigt.

Im alten türkischen Strafgesetzbuch gab es keine Norm bezüglich der Frage, ob die Vollstreckungsverjährungsfristen auch auf die Sicherungsmaßnahmen anzuwenden sind.

Im neuen türkischen Strafgesetzbuch gibt es nun zu diesem Thema die §§ 69, 70 und 74 Abs. 2 und 3.

### **III. Die Arten der Sicherungsmaßnahmen**

Die Sicherungsmaßnahmen bezwecken die Gefährdung der Gesellschaft durch den Betroffenen zu beseitigen, da die Gefährdung aber von Person zu Person Unterschiede aufweist, sind auch die Sicherungsmaßnahmen vielfältig. Zu diesem Thema wurden in der Lehre und auf internationalen Kongressen verschiedene Lösungen vorgeschlagen<sup>75</sup>. Diese unterschiedlichen Lösungen sind auch in die Gesetze eingegangen<sup>76</sup>.

Wir werden die Sicherungsmaßnahmen in bezug auf das von ihnen geschützte Rechtsgut in drei Gruppen aufteilen: 1) Freiheitsentziehende

<sup>75</sup> Für detailliertere Angaben zu diesem Thema siehe, **Hedayati**, ders., S. 33 ff.; **Thélin**, ders., S. 109 ff.; **Lavanchy**, ders., S. 17 ff.

<sup>76</sup> Das italienische Strafgesetzbuch unterscheidet zum Beispiel zwischen persönlichen (§§ 199-235) und die das Vermögen (§§ 236-240) betreffende Sicherungsmaßnahmen. Die persönlichen Sicherungsmaßnahmen werden nochmal in freiheitsentziehende und nicht freiheitsentziehende unterteilt. Die freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen sind: a) die Enweisung in eine Landkolonie oder in ein Arbeitshaus (§§ 215, 216-218); b) die Unterbringung in einer Heil- und Bewahrungsanstalt (§§ 215, 219-221); c) die Unterbringung in einem gerichtlichen psychiatrischen Krankenhaus (§§ 215, 222); d) die Unterbringung in einer gerichtlichen Erziehungsanstalt (§§ 215, 223-227). Die nicht freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen bei Personen sind: a) die Freiheit unter Aufsicht (§§ 215, 228-232); b) das Aufenthaltsverbot in einer oder mehreren Gemeinden (§§ 215, 233); c) das Verbot des Besuchs von Gaststätten und öffentlichen Verkaufsstellen alkoholischer Getränke (§§ 215, 234); d) die Ausweisung eines Ausländers aus dem Staat (§§ 235, 236). Sicherungsmaßnahmen die das Vermögen betreffen sind: a) die Kautions für Wohlverhalten (§§ 236-239) und b) die Einziehung (§§ 236, 240); für die Übersetzung siehe **Riz/Bosch**, Zweisprachige Ausgabe des italienischen Strafgesetzbuch, S. 185. Für detailliertere Angaben zu Sicherungsmaßnahmen im italienischen Recht siehe, **Corrado**, ders.; **Prisi**, ders.

oder die Ausübung von Rechten verhindernde, 2) das Beschränken der persönlichen Freiheit und 3) die sonstigen Sicherungsmaßnahmen. Wir werden jede Sicherungsmaßnahme in diese Gruppen aufteilen und auch die Gesetze, in denen sie vorgesehen sind, benennen. Anschließend werden wir die Sicherungsmaßnahmen im türkischen StGB mit der Nummer 5237 aufzählen. Da Sicherungsmaßnahmen in bezug auf Kinder in jedem Land in einem eigenen Kindergerichtsgesetz festgelegt sind, sehen wir von einer Erwähnung ab.

### **a) Freiheitsentziehende oder die Ausübung von Rechten verhindernde Sicherungsmaßnahmen**

**1.** Unterbringung von Unzurechnungsfähigen oder beschränkt Zurechnungsfähigen in ein Institut oder in ein psychiatrisches Krankenhaus

§ 69 des griechischen Strafgesetzbuches vom 17.8.1950; §§ 88 Abs. 1 und 91 des brasilianischen Strafgesetzbuches vom 7.12.1940; § 21 des österreichischen Strafgesetzbuches vom 23.1.1974; §§ 61 und 63 des deutschen Strafgesetzbuches vom 2.1.1975; § 43 des schweizerischen Strafgesetzbuches von 1937; §§ 89-92 des peruanischen Strafgesetzbuches von 1924<sup>77</sup>; §§ 61-64 des kolumbianischen Strafgesetzbuches von 1936; § 97 des Strafgesetzbuches von Uruguay aus dem Jahr 1933; §§ 111-113 des Strafgesetzbuches aus Costa Rica aus dem Jahr 1941; §§ 585-586 des kubanischen Sozialverteidigungsgesetzes aus dem Jahr 1936; §§ 71, 72-73 des rumänischen Strafgesetzbuches vom 27.2.1948; § 61 des ungarischen Strafgesetzbuches vom 15.12.1961.

**2.** Die Aufsicht bei Gewohnheitstätern

§ 23 des österreichischen Strafgesetzbuches; §§ 61 und 66 des deutschen Strafgesetzbuches; § 42 des schweizerischen Strafgesetzbuches; §§ 71, 74 des rumänischen Strafgesetzbuches

**3.** Die Einweisung in ein Arbeitshaus

§ 72 des griechischen Strafgesetzbuches; §§ 88 Abs. 1 und 93 des brasilianischen Strafgesetzbuches; §§ 585-586 des kubanischen Strafgesetzbuches; §§ 61, 65 und 76 des kolumbianischen Strafgesetzbuches; § 115 des Strafgesetzbuches aus Costa Rica

<sup>77</sup> Für die Sicherungsmaßnahmen in den peruanischen, kolumbianischen, uruguayischen und costa ricanischen Strafgesetzbüchern, siehe, **L.Jimenez de Asua**, La mesure de sûreté, Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, no.1, t.IX, Paris 1954, S. 21-38, 26-27.

## **Sicherungsmaßnahmen**

4. Die Einweisung von Gewohnheitstrinkern und Drogenabhängigen in eine Entziehungsanstalt

§ 71 des griechischen Strafgesetzbuches; § 22 des österreichischen Strafgesetzbuches; §§ 61 und 64 des deutschen Strafgesetzbuches; § 44 des schweizerischen Strafgesetzbuches; § 62 des ungarischen Strafgesetzbuches

5. Die Aufhebung der politischen Rechte

§§ 67, 69 des brasilianischen Strafgesetzbuches (diese Maßnahme wird als Nebenstrafe vorgesehen)

6. Der Entzug der elterlichen Gewalt

§ 59 des griechischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe); §§ 67, 69 des brasilianischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe); § 53 des schweizerischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe)

7. Der Entzug der Ausübung eines Berufs oder Gewerbes oder die Ausschliessung aus einer Berufsgenossenschaft / Handwerkskammer

§§ 61, 70-70 b des deutschen Strafgesetzbuches; § 67 des griechischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe); §75 des kolumbianischen Strafgesetzbuches; §§ 585-586 des kubanischen Strafgesetzbuches; § 54 des schweizerischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe); §§ 71, 78 des rumänischen Strafgesetzbuches

### **b) Das Beschränken der persönlichen Freiheit**

1. Die Landesverweisung von Ausländern

§ 74 des griechischen Strafgesetzbuches; § 585, 586 des kubanischen Strafgesetzbuches; § 55 des schweizerischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe); §§ 71, 79 des rumänischen Strafgesetzbuches

2. Niederlassungsverbot oder Wohnzuweisung an einem bestimmten Ort

§ 73 des griechischen Strafgesetzbuches; §§ 88 Abs. 2, 97 des brasilianischen Strafgesetzbuches; §§ 71, 76 des rumänischen Strafgesetzbuches

3. Das Wirtshausverbot oder anderen Plätzen, wo Alkohol ausgeschenkt wird

§§ 88 Abs. 2, 98 des brasilianischen Strafgesetzbuches; §§ 585, 586 des kubanischen Strafgesetzbuches; § 56 des schweizerischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe); §§ 71, 77 des rumänischen Strafgesetzbuches

#### 4. Schutzaufsicht

§§ 61, 68-68g des deutschen Strafgesetzbuches; § 47 des schweizerischen Strafgesetzbuches; §§ 88 Abs. 2, 94-96 des brasilianischen Strafgesetzbuches; §§ 585, 586 des kubanischen Strafgesetzbuches; §§ 61, 67 des kolumbianischen Strafgesetzbuches (bei Geisteskranken und Drogenabhängigen)

#### **c) anderweitige Sicherungsmaßnahmen**

##### 1. die Veröffentlichung des Urteils

§ 585 des kubanischen Strafgesetzbuches; § 61 des schweizerischen Strafgesetzbuches; § 68 des griechischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe); §§ 67, 73 des brasilianischen Strafgesetzbuches (Nebenstrafe);

##### 2. Friedensbürgschaft

§ 61 des schweizerischen Strafgesetzbuches; §§ 38-40 des peruanischen Strafgesetzbuches; §§ 100-102 des uruguayischen Strafgesetzbuches; §§ 585, 589 des kubanischen Strafgesetzbuches; §§ 71, 81-83 des rumänischen Strafgesetzbuches

##### 3. Sicherungseinziehung

§ 76 des griechischen Strafgesetzbuches; § 100 des brasilianischen Strafgesetzbuches; § 26 des österreichischen Strafgesetzbuches; § 58 des schweizerischen Strafgesetzbuches; §§ 71, 80 des rumänischen Strafgesetzbuches; § 63 des ungarischen Strafgesetzbuches

#### **d) Die Sicherungsmaßnahmen aus dem neuen türkischen StGB neue Fassung mit der Nummer 5237<sup>78</sup>**

In dem neuen türkischen StGB sind im ersten Buch unter dem dritten Teil (Sanktionen) im zweiten Abschnitt (Sicherungsmaßnahmen) folgende Sicherungsmaßnahmen geregelt:

1. Der Entzug bestimmter Rechte (§ 53),
2. Die Einziehung von Gegenständen (§ 54),
3. Der Verfall vom Verdienst (§ 55),
4. Sicherungsmaßnahmen für Jugendliche (§ 56 des Kinderschutzgesetzes mit der Nummer 5395),
5. Sicherungsmaßnahmen für Geisteskranke (§ 57),
6. Rückfall und besonders gefährliche Täter (§ 58),

<sup>78</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Auflage, S. 1009 ff.

## *Sicherungsmaßnahmen*

7. Ausweisung (§ 59)

8. Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen (§ 60).

### **IV. Die Anwendung der Sicherungsmaßnahmen**

Über das Verhältnis der Strafe und der Sicherungsmaßnahmen werden zwei Meinungen vertreten.

Nach der Meinung der Positivisten, ist die Unzulänglichkeit der Strafe bei der Bekämpfung der Straftaten und besonders bei Rückfalltätern erwiesen. In der Tat kann die Strafe nur bei Personen, die in ihrer Willensbildung frei sind, relativ zum Grad der Willensfreiheit bemessen werden. Doch Personen, die aufgrund eines körperlichen Zwanges oder Einflusses ihrer Umgebung handeln, können nicht anders handeln und man kann bei ihnen nicht von Personen mit einer Willensfreiheit sprechen. Da sie über keine Willensfreiheit verfügen, kann man bei ihnen auch nicht von einer moralischen Verantwortung ausgehen. Deshalb ist es passend, in diesen Fällen nicht die Strafe, die sich bei der Bekämpfung der Straftat an die freie Willensbildung und moralische Verantwortung anlehnt, sondern die Sicherungsmaßnahmen, die wissenschaftlich fundierte, zweckmäßige und gesellschaftlich wirksame Schutzmaßnahmen darstellen, anzuwenden. Mit den Sicherungsmaßnahmen, die je nach der Person des Täters wandlungsfähig sind, wird folgendes Ziel verfolgt: Die Besserung und Belehrung der Person, die in der Gesellschaft lebt und daher sich der gesellschaftlichen Verantwortung anpassen muss, wenn dies nicht möglich ist, die Entfernung der gefährlichen Person aus dieser Umgebung (zum Beispiel das Einweisen der Zurechnungsunfähigen in Gesundheitseinrichtungen).

Die Meinung, daß statt der Strafen Sicherungsmaßnahmen (unbedingte Einspurigkeit) angewendet werden sollen, hat keinen Eingang in die Gesetze gefunden. So trat auch der Entwurf zum Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1921 von Ferri, der statt des Begriffes "Strafe" den Begriff der "sozialen Verteidigungssanktionen" verwendet hat, nicht in Kraft<sup>79</sup>. Zum heutigen Zeitpunkt ist das Strafgesetzbuch von Grönland mit dem Datum vom 5. März 1954, das einzige Gesetz, welches unter diese Kategorie fällt. Dieses Gesetz verwendet nicht den Begriff der "Strafe" und nennt in § 85 die Sicherungsmaßnahmen, die auf den Täter anzuwenden sind<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Hedayati, a.a.O., S. 14; Bouzat-Pinatel, a.a.O., t.I, S. 403; Donnedieu de Vabres, ders., 399.

<sup>80</sup> Die Bestimmung des § 85 des grönländischen Strafgesetzbuches lautet wie folgt: "Die Sicherungsmaßnahmen, die nach dem Begriff dieses Gesetzes angewendet werden können sind wie folgt: 1) Verweis, 2) Geldstrafe, 3) Führungsaufsicht, 4) Niederlasungsver-



In diesem Zusammenhang sei auch zu erwähnen, daß es kein Strafrechtssystem gibt, in dem nur von Strafen die Rede ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß es kein Strafrechtssystem gibt, das nur aus Strafen oder Sicherungsmaßnahmen (Ausnahme ist das Strafgesetzbuch von Grönland) besteht.

Die klassische Schule, die sich an der moralischen Verantwortung orientiert, gibt neben den Strafen, die sie im Gegensatz zu den Positivisten als Grundsanktion versteht, auch den Sicherungsmaßnahmen Anwendungsmöglichkeiten<sup>81</sup>. Auch die Internationale Vereinigung des Strafrechts sieht die Ergänzung der Strafen, die für sich allein zur Bekämpfung der Straftaten nicht ausreichen, durch Sicherungsmaßnahmen vor. Die Vereinigung hat festgestellt, daß sich manche Personen, aufgrund ihrer Vergangenheit, ihrer Gewohnheit bezüglich eines unordentlichen Lebensstils oder physiologischer oder geistiger Abnormalitäten in einem "gefährlichen Zustand" befinden und hat bei diesen Personen neben der Strafe oder wenn sie straflos bleiben die Anwendung von Sicherungsmaßnahmen, die als gesellschaftliches Verteidigungsmittel gelten, vorgeschlagen. Die Tatsache, daß die Sicherungsmaßnahmen aufgrund der Gefährlichkeit des Täters angewendet werden sollen, zeigt, daß die Vereinigung den gesellschaftlichen Verteidigungsgrundsatz in den Vordergrund stellt. In diesem Punkt nähert sich die Vereinigung den Positivisten der italienischen Schule, die die Täter orientiert an ihrer Gefährlichkeit für die Gesellschaft bestraft, an<sup>82</sup>.

Alle neuen Strafgesetze haben sowohl die Strafe als auch die Sicherungsmaßnahmen aufgenommen (Zweispurigkeit). Aber auch bei den Ländern, die dem dualen System angehören, bestehen Unterschiede hinsichtlich der Anwendung der Strafen und Sicherungsmaßnahmen. Diesbezüglich sind drei Modelle vorstellbar:

a) Die Anwendung der Sicherungsmaßnahmen neben den Strafen. Grundsätzlich werden die Strafen und Sicherungsmaßnahmen nacheinander angewendet. Wenn eine Maßnahme neben der Strafe verhängt wird, so wird sie neben der Strafe (bei Zurechnungsunfähigen werden nur

---

bot oder Wohnzuweisung an einen bestimmten Ort, 5) Zwangsarbeit, 6) Zwangsbildung, 7) spezielle medizinische Therapien oder Therapien an einem bestimmten Institut, 8) Unter Schutzmaßnahmen stellen, 9) andere Maßnahmen, die die Freiheit beschränken, 10) Einziehung." Für das Strafgesetzbuch von Grönland, siehe *Loi Criminelle pour le groenland* in : *Les Codes pénaux européens* (Herausgeber: **Marc Ancel-Yvonne Marx**, Übersetzer: **Richaume-Lambert**), t.I, Paris 1956, S. 394,413.

<sup>81</sup> **Donnedieu de Vabres**, ders., S. 399.

<sup>82</sup> **Vidal-Magnol**, ders., t.I, S. 54.



## *Sicherungsmaßnahmen*

Sicherungsmaßnahmen angewandt) angewandt (siehe zum Beispiel bei Gewohnheitstätern Belgien, Brasilien, bis 1948 England, Finnland, Frankreich, Italien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Rumänien, Spanien). Grundsätzlich wird zuerst die Strafe vollzogen und danach die Sicherungsmaßnahmen (zum Beispiel Frankreich, Italien, Spanien). Nur ausnahmsweise werden die Sicherungsmaßnahmen vor der Strafe durchgeführt (zum Beispiel § 220 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches von 1930 betreffend die Zurechnungsunfähigen). Das System ist in Finnland aufgeweicht, indem es nach dem teilweisen Strafvollzug die Durchführung der Schutzmaßnahmen vorsieht.

**b)** Die Anwendung der Strafe oder Sicherungsmaßnahmen. In diesem System wird entweder die Strafe oder die Sicherungsmaßnahme angewandt. Die Autoren, die diese Ansicht vertreten, sind der Meinung, daß wenn der erwartete Zweck der Strafe nicht erreichbar scheint, Sicherungsmaßnahmen anzuwenden sind. In diesem Fall wird die Sicherungsmaßnahme entweder unmittelbar statt der Strafe durchgeführt (zum Beispiel England, Schweden) oder sie tritt anstelle der Strafe (siehe § 42 Abs. 1 schweizerisches Strafgesetzbuch). Unter diese Gruppe fallen auch Systeme, die nur die Verhängung von Strafen vorsehen, um somit die Wirkungen der Isolierungsmaßnahmen bei gefährlichen Tätern, welche ohne die Angaben einer Dauer verfügt werden, aufzuheben bzw. um diese nicht zu verfügen (z. Bsp: USA)

**c)** Die Anwendbarkeit der Strafe und Sicherungsmaßnahmen anstelle des anderen (vikariierendes System)

Dieses Model vereint die oben genannten Systeme. Hiernach wird die Strafe, die aufgrund der Schwere der Schuld getroffen wurde, beim Strafvollzug ausgesetzt. An seiner Stelle werden dann Sicherungsmaßnahmen durchgeführt. Beim Vollzug der Sicherungsmaßnahmen können diese ebenfalls bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen, sich in eine Strafe wandeln (siehe zum Beispiel bei Zurechnungsunfähige § 43 des schweizerischen Strafgesetzbuches, § 67 des deutschen Strafgesetzbuches)<sup>83</sup>. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, daß

---

<sup>83</sup> Im deutschen Recht wird die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63) und in einer Entziehungsanstalt (§ 64) grundsätzlich vor der Strafe vollzogen (§ 67 Abs. 1 des deutschen Strafgesetzbuches) – außer bei der Sicherungsverwahrung von gefährlichen Tätern, hier wird die Sicherungsverwahrung nach dem Strafvollzug durchgeführt (§ 66 des deutschen Strafgesetzbuches).

Das Gericht bestimmt jedoch, daß die Strafe oder ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird (§ 67/2). Das Gericht kann eine Anordnung nach Absatz 2 Satz 1 oder Satz 2 nachträglich treffen, ändern oder aufheben, wenn Umstände in der Person des Verurteilten es angezeigt erscheinen lassen (Die Durchführung der Sicherungsverwahrung nach teilweisem Vollzug der Strafe § 67/3 ).

dieses System keine wichtige Rolle spielt, da die betreffenden Personen beim Vollzug der Sicherungsmaßnahmen, um eine wenigstens kurzzeitige oder fristmäßig bestimmte Freiheitsstrafe zu bekommen, sich schlecht benehmen<sup>84</sup>.

### **ERGEBNIS**

Seit der ersten Erwähnung der Sicherungsmaßnahmen 1893 im schweizerischen Vorentwurf zum Strafgesetzbuch, sind diese mehr oder weniger in allen Ländern in die Gesetze neben den Strafen aufgenommen worden. Das Strafgesetzbuch Grönland's hat sogar darüberhinausgehend die Strafe als Sanktion nicht vorgesehen, sondern nur die Sicherungsmaßnahmen ins Gesetz aufgenommen. Die Strafe als Notwendigkeit einer gesellschaftlichen Reaktion ist nicht von der Hand zu weisen. Die Strafe stellt die Reaktion der Gesellschaft auf die Tat und den Täter dar. Die Strafe wird sowohl verhängt, um das in der Vergangenheit liegende Unrecht zu büßen und um den Täter zu bessern, als auch die Wiederholung der Tat zu vermeiden und somit die Gesellschaft und den Täter zu schützen. Deshalb ist die Aufhebung der Strafe oder das Absehen von der Strafe nicht denkbar. Die Gesellschaft benötigt gleichermaßen die Sicherungsmaßnahmen. Die Strafe wird verhängt, indem die Schwere der Handlung vor Augen gehalten wird, doch der Zweck der Nichtwiederholung der Tat ist auf Dauer nicht immer erreichbar. Auch ist es meistens so, daß die Strafvollzugsanstalten nicht immer über die notwendigen Mittel und das Personal verfügen und somit während des Strafvollzuges, die für den Täter notwendigen pädagogischen, sozialen und medizinischen Therapien nicht durchführen können. Die Strafe kann auch bei Personen, die keine Urteilsfähigkeit haben, nicht angewandt werden. Eben aus all diesen Gründen muß das Strafgesetz eines jeden Landes die Strafen und Sicherungsmaßnahmen gleichermaßen vorsehen.

Wenn auch die freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen der Freiheitsstrafe ähneln und die Strafen sich wie die Sicherungsmaßnahmen den Rehabilitierungsgedanken tragend, diesen annähern, und somit die Meinung vertreten wird, es reiche aus, im Sanktionensystem nur eine der beiden zu regeln, bedarf das System aus den oben genannten Gründen beider Institute gleichermaßen. Der Richter muß neben der Strafe als Hauptsanktion bei Bedarf auch über die Sicherungsmaßnahmen verfügen können, die Strafe und Sicherungsmaßnahmen müssen bei ihrem Vollzug austauschbar und die Sicherungsmaßnahmen daneben aufschiebbar sein.

<sup>84</sup> Siehe für das Verhältnis zwischen der Strafe und Sicherungsverwahrung **Hermann**, a.a.O., S. 195, **Erwin Frey**, Das Verhältnis von Strafe und Massnahme de lege lata und de lege feranda, in, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue pénale suisse, 66. Jahrgang, Bern 1951, S. 295-318, 301-302.

# İDARİ SÖZLEŞMELERDE ÖLÇÜT SORUNU VE FARKLI BİR YAKLAŞIM ÖNERİSİ

“İhtilaflarıyla uğraşmakta derin zevkî yok,  
Zevk anın mir 'at-ı ibretten temâşasındadır.”  
(?)

Sedat ÇAL\*

## Özet

İdarenin sözleşmeleri arasında idari ve özel hukuk sözleşmesi ayrımına gidilebilmesi gerek uygulamada ve gerek öğretilerde güçlük içermeye devam etmektedir. Bu yönde zaman içerisinde geliştirilen ölçütler belirsizlik sorununu tam olarak bertaraf edebilmiş değildir. Buna karşın, bir sözleşmenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla, daha belirgin ölçüt veya kavrayışlara erişme yolunda daha fazla çaba harcanması gereği açıktır. Kamu hizmeti, üstün yetkiler ve buna dayalı olarak kamu gücü kullanımı, bununla beraber gelen özel hukuku aşan şartlar ve giderek özel hukuku aşan hukuksal rejim ölçütleri, aslında neden idari sözleşmeler üzerinden kamusal alana çekilme zorunluluğuna geldiği üzerinde sorgulamaları gerektirmektedir. Bu bağlamda, kamu hizmeti kavramının açıklanmasında olduğu gibi, burada da faaliyet alanlarındaki teknelci yapıya ve dolayısıyla rekabete dayalı bir çözümlemenin –yeni bir ölçüte ulaşmayı başaramasa dahi- mevcut ölçütlerin daha etkin uygulanabilmesine yardımcı bir perspektif getirebileceği düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İdari Sözleşme Ölçütleri, Kamu Hizmeti, Rekabet, Doğal ve Hukuksal Tekeller, İmtiyaz.

## THE CRITERIA PROBLEM IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND PROPOSAL FOR A DIFFERENT APPROACH

### Abstract

In both the doctrine and the judiciary it is still difficult to find a clear path towards differentiating between administrative contracts and private law contracts of the administration. The criteria that were developed over time have so far been not successful to alleviate the ongoing ambiguity. Yet, labelling a contract as of private

---

\* Dr., Enerji Şartı Sekreteryası (Brüksel)

*law or administrative nature have very important bearings. It therefore invites for putting more efforts on searching for less obscure criteria or approaches. All such criteria as public service, imbalanced power in contracts and use of public power thereby, terms exceeding beyond private law as well as creating a special legal regime (i.e., “régime exorbitant”) indeed require revisiting the need for bringing certain activities under the public law domain through the concept of administrative contracts. Thus, likewise the public service concept, the following argument is made that, analysing the problem at stake by using the monopoly and competition concepts might shed further light towards a more effective use of the existing criteria, if not able to put forward an alternative/new criteria.*

**Key Words:** *Criteria of Administrative Contracts, Public Service, Competition, Natural and Legal Monopolies, Concession.*

“Erzan metâ-ı fazl ü hüner tâ o denli kim,  
Bin mârifet zemânede bir âferinedir.”  
Nabî

## **Giriş**

İdare faaliyetlerini yerine getirirken tek yanlı işlemlerde bulunduğu gibi, çeşitli ihtiyaçlarından dolayı<sup>1</sup> kimi zaman özel kişilerle sözleşme ilişkisi içine girmek suretiyle de hareket edebilmektedir. Bu durumda, idarenin sözleşmeleri içerisinde hangilerinin idari sözleşme sayılarak kamu hukuku alanındaki bir faaliyetten bahsedileceği ve kamu hukukundan ileri gelen kısıtlar altında sözleşmeye yaklaşılacağı hususu, önemli bir sorun alanı oluşturmaya devam etmektedir. Öğretide ve yargı içtihatlarında bu konunun yüzyılı aşan bir tartışma geçmişi vardır ve buna karşın sorun hâlâ tam bir açıklığa kavuşmuş da değildir.

Bununla beraber, bu sorun karşısında varılacak yargılar önem taşımaktadır. Zira, idarenin hangi sözleşmelerinde kamusal alana taşınmış bir düzlemde hareket edileceği ve idari yargı alanında çözüm aranacağı ve hangisinde özel hukuk ilişkisi sayılarak adli yargıya gidileceği, birbirinden farklı so-

<sup>1</sup> Bkz. Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 163.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

nuçlar doğurmaya elverişli bir özellik içermektedir.<sup>2</sup> Varılacak yargıya göre, uygulanacak hukuk kuralları ve görevli yargı yeri değişecektir<sup>3</sup> ve bu da hiç kuşkusuz bir uyuşmazlıkta erişilecek sonucu dönüştürme erkine sahip olacaktır. Zira, özel hukuk eşitler arası bir yargı düzeninde hareket ederken, buna kıyasla idare hukukunda kamu yararı ile bireylerin çıkarları bağdaştırılmaya çalışılmaktadır.<sup>4</sup>

Bu çalışmada, idare hukuku teorisinde idari sözleşmelerin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırddilebilmesine yönelik geliştirilmiş bulunan ölçütler kısaca ele alınacak, akabinde bu yaklaşımların arka planında esasen var olduğunu savlayabileceğimiz bir farklı yaklaşıma yer vermek suretiyle konunun daha iyi anlaşılabilmesine çalışılacaktır. İdare hukuku öğretisinde genel olarak rastlanmayan<sup>5</sup> bu yaklaşım, gerek kamu hizmeti ve gerek kamu gücü kullanımı bakımından anılan kavramların arka yüzünde beliren “rekabet” ögesini öne çıkarmayı öngörmektedir.

İdare hukukumuzda bu türden yaklaşımların pek görülmediği öğretilerdeki kimi görüşler içerisinde de esasen ikrar edilmektedir. Buna göre, “... kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır.”<sup>6</sup> Böylece, işbu çalışmada farklı bir kurgudan hareket edilerek, idari sözleşmelerin belirlenmesine yönelik olması daha yetkin analizlere kapı aralama çabasından hareket edilmektedir.

Bu itibarla, hemen değinmek gerekirse, rekabet odaklı bu yaklaşım aslında mevcut kamu hizmeti ve kamu gücü (yahut başka bir deyişle, özel huku-

<sup>2</sup> Günday, Metin; *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 167.

<sup>3</sup> Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; *İdare Hukuku*, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 906.

<sup>4</sup> İdari yargının idareyi kayırdığı yönünde bir toplumsal algıdan bahsedilebilir. Bu bakımdan eleştiriler görülmekle beraber, aksi yönde savlar da bulunmaktadır. Sözelimi, Azrak’a göre, “*idare mahkemeleri öyle hep idare tarafını yontan nalıncı keserleri değil(dir)*” (bkz. Azrak, Ülkü; *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli*, 16 Temmuz, 1999, TBB Yayını, s. 33). Azrak, devamla “*İdare hukuku, idarenin hukuku değil(dir), ... idare hukuku aslında kamu yararıyla özel kişilerin yararını uzlaştırmaya çalışan bir huktur, ne birini çiğner, ne öbürünü, fonksiyonu o, misyonu o... Hatta, bazen o kadar özel kişilere yakın... kararları var ki, ... neredeyse idare burada üvey evlat... mı olmuş diyorsunuz*” ifadelerine yer vermektedir (İbid., s. 34).

<sup>5</sup> Benzer bir yaklaşımla rekabet ögesine Yayla’nın da kısıtlı bir ölçüde değinmiş olduğunu vurgulamak isteriz (bkz. Yayla, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 164, 165).

<sup>6</sup> Bkz. Karahanoğulları, Onur; *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 9.

ku aşan hukuksal rejim içerisinde bulunma) ölçütlerini bertaraf etmekten ziyade, anılan ölçütlerin geri planına ışık tutmaya ve bunların daha iyi algılanmasına ve uygulanmasına yarayabilecektir. Dolayısıyla, getirilmeye çalışılan yeni bakış açısı, bir anlamda, “iki yüzü de kullanılabilen bir giysiye” benzetilebilir. Şöyle ki, her ikisi de aynı işlevi görmeyi amaçlamaktadır ve birbiri yerine ikame olunabilecek olmakla beraber, özünde birbirinden ayrı kavramlar da değildir. Her ikisinin de, esasen birbirinin içerisinde “mezc olmuş” durumda bulunduğu söylenebilir.

İdari sözleşmelerin ölçütleri gibi tartışmalı bir alana ilişkin olmakla beraber, işbu çalışma anılan ölçütlerin sadece rekabet odaklı bir farklı bakış açısına da –yardımcı mahiyette- dayanılabilmesi yönünde bir denemeyi içermektedir. Bundan ötürü, idare hukuku teorisinde yer verilen mevcut ölçütler, sadece bu farklı yaklaşım iddiasını ortaya koymaya yarayacak denli kısa bir özet halinde ele alınacaktır ve konunun çok daha farklı diğer boyutlarına değinilmekten kaçınılacaktır.

### **I. Genel Olarak**

Sözleşme, idarenin tek başına yaptığı işlemlerden farklı olarak, ilgilinin rızasıyla ortaya çıkan ve hukuksal sonuç doğuran bir hukuksal ilişkidir. Öğretiden bir görüşte, idare hukuku bağlamında bu kavram şöyle tanımlanmaktadır: “Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmak amacıyla idare ile ilgili özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklamalarıdır.”<sup>7</sup> Duguit’ nin ifadesiyle devam edersek, anonim ortaklık veya dernek gibi çok taraflı hukuki tasarrufların olduğu kimi yerlerde, iradeler arası bir anlaşma yoktur; burada idareler bir işbirliği halinde belirlemektedir ve bundan ötürü bir sözleşme ilişkisi bulunmaz.<sup>8</sup>

Öte yandan, idarenin tek yanlı işlemleri dışında kalan ve çok sayıda tarafın yer aldığı, giderek “farklı yönlerde” iradelerin birbiriyle karşılaştığı çok çeşitli tasarrufları vardır ki, bunlarda sözleşme ilişkisinden bahsedilmez.<sup>9</sup> Yine, idare hukukunda idarenin organlarının elinde idareye gerekli olan şeyleri temin etmek için kamulaştırma, el koyma, memurların tayini, askere alma gibi tek yanlı pek çok tasarruf olanağı da bulunmaktadır; dolayısıyla, idarenin sözleşme ilişkisine girmesi mutlak bir zorunluluk arz etmemektedir.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Gözler, Kemal; *İdare Hukuku*, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 2.

<sup>8</sup> Duguit, Leon; *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954, s. 45.

<sup>9</sup> Örnekler için bkz. Waline, Marcel; *İdari Mukaveleler*, (Çev. Hâmede Uzbarık), AÜHFM, C. 1, Sy. 4, 1944, s. 563-566.

<sup>10</sup> Waline, *İdari Mukaveleler*, op. cit., s. 563, 564 (özellikle s. 565’deki (“çeviren” sıfatıyla

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

Özetle, idari sözleşmelerden bahsedildiğinde, özel hukuktaki sözleşme kavramından çok daha farklı bir “sözleşme” kavramının ortaya çıktığını vurgulamakta yarar vardır.<sup>11</sup> Oysa, Duguit’ye göre idari sözleşme diye bir kavramdan bahsedilemez; “sözleşme, sözleşmedir”. Duguit’in ifadesiyle;

*“... hâlâ bir çok memleketlerde kamu hukuku sözleşmesi teorisi adı verilen bir teori öğretilmektedir ki bununla şu neticeye ulaşılmak isteniyor: Devlet yaptığı sözleşmelerle girdiği teahhütlerden her an sıyrılabilir; devlet teahhütlerine istediği müddetçe ve istediği ölçüde bağlıdır.. (B)ugün artık kamu hukuku sözleşmesinin sözü edilemez... Kamu hukuku sözleşmeleri vardır demek, kamu hukuku alanında olduğumuz vakit sözleşme bağı mecburî değildir demektir, yani devlet taraflardan biri olunca teahhütleriyle ilzam edilemez, ilzam edilebilmesi için sözleşmenin özel kişiler arasında yapılmış olması gerektir demek isteniyor. Halbuki sözleşme devlet taraflardan biri olsa da olmasa da sözleşmedir; ve sözleşmede taraf olan devlet teahhütleriyle, en küçük bir uyruğu gibi bağlıdır ve bağlı olmalıdır.”<sup>12</sup>*

Bu görüşün benimsenmediği ve idare hukukunda da kendine özgü bir sözleşme kavramının var olduğu hususu bugün artık genel kabul görmüş durumdadır. Ancak, hemen aşağıdaki paragraflarda değinildiği üzere, günümüzdeki temel sorun “idare hukukunda sözleşmenin varlığı” olmaktan çıkmıştır. Konu, asıl olarak, bu sözleşmelerin nitelendirilmesi veya bunlara bağlanan sonuçlar üzerindeki tartışmalar bağlamında belirmektedir.

İdarenin sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ne var ki, idarenin özel kişilerle girdiği sözleşme ilişkisinde hangi bakımlardan bu ikili ayrıma gidilebileceği, günümüzde de tartışmalardan uzak kalamamaktadır.

Bu meyanda, yasa koyucunun iradesini esas alan “teşrii kriter” itibarıyla konuya yaklaşıldığında, öncelikle ilgili yasada bir hüküm olup olmadığına bakılması gerekir.<sup>13</sup> Nitekim, 3996 sayılı Yasada böyle bir hükme yer

---

Uzbank’a ait) 1. no.lu dipnotta, yukarıdaki dipnotta yer verilen kaynak eserinde sayılan (belediye meclis kararının vesayet makamı olarak vali tarafından onaylanmasının yahut devlet memurunun atanması işleminin bir sözleşme niteliğini taşıması gibi) etkinliklerden kimilerinin eskiden kamu hukukçularınca yanlış olarak özel hukuka atfen sözleşme niteliğinde değerlendirildiği hususuna yer verilmesi dikkat çekicidir.

<sup>11</sup> Waline, *İdari Mukaveleler*, op. cit., s. 566.

<sup>12</sup> Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 157.

<sup>13</sup> Bkz. Duran, Lûtfî; *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 430;



verilmektedir. Konu esasen bu bağlamda kamu hizmetinin belirlenmesinde yasamanın iradesine bakılacağı yönündeki görüşlerle<sup>14</sup> koşutluk içermektedir. Yasamaya demokrasi adına bu yönde belirleyici yetki verme yaklaşımını da benimsenebilmektedir.<sup>15</sup> Değınmek gerekirse, siyasal otoritenin bir alanı keyfince kamu hizmeti/idari sözleşme olarak ilan etme veya aksine kamu hizmeti/idari sözleşme olmaktan çıkarma yönünde “sorgulanamaz bir mutlak yetkisi”nden sözedilemez. Zira, açıktır ki, siyasal otorite Anayasal kurguyla sınırlıdır ve giderek hukukun evrensel yahut genel ilkeleri bu meyanda ayrıca kısıtlayıcı nitelik taşır.

Her halükârda, yasamanın bu yöndeki tasarrufunun mutlak olup olmadığı hukukumuzda uzun bir tartışmalı süreçten geçmiştir<sup>16</sup> ve öğretilerde de bu hususta farklı görüşlerin bulunduğu ayrıca dikkat çekmektedir<sup>17</sup>. Öte yandan, hemen değınmek gerekirse, yasayla belirleme doğrudan veya dolaylı yoldan olabilmektedir.<sup>18</sup>

Öğretilere bakıldığında, hemen neredeyse ittifak halinde idari sözleşmeler için şu üç ögenin varlığına dayalı bir algılamaya gidildiğı görülüyor: Sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması, konusunun bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olması ve kamu yararı içermesi, nihayet idareye üstün veya ayrıcalıklı yetkiler tanıyan yahut özel hukuku aşan yetkiler veren hükümler içermesi veya kamusal rejimin uygulanması.<sup>19</sup>

Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 10-12. Fransa’da kanunla kimi sözleşmelerin idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak açıkça belirlendiğı örnekler için bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 11.

<sup>14</sup> Örneğın, bkz. Yılmaz, Dilşat; *Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri*, GÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 2008, s. 1221.

<sup>15</sup> Çal, Sedat; *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1881-1888.

<sup>16</sup> 3996 sayılı Kanun uyarınca idarenin kimi sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olacağına yönelik belirlemenin AYM tarafından iptaline ilişkin değerlendirme bağlamında bkz. AYM’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1995/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

<sup>17</sup> Lehte: Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 12-14 ve Duran, s. 430. Karşıt görüş: Kutlu, Meltem; *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, DEÜHF Yayını, İzmir, 1997, s. 17; Balta, Tahsin Bekir; *İdare Hukuku – I, Genel Konular*, Ankara, 1970, s. 190; Günday, Metin; *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*, AYD, C. 14, 1997, s. 348; Gülan, Aydın; *Kamu Hizmeti Kavramı*, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Y. 9, Sy. 1-3, 1988, s. 154.

<sup>18</sup> Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 11-18; Tekinsoy, Ayhan; *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, AÜHFD, C. 55, Sy. 2, 2006, s. 185.

<sup>19</sup> Bkz. Özay, İl Han; *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 511, 512; Atay,



## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

Yargı içtihatlarında da aynı yaklaşım sözkonusudur. Nitekim, idari sözleşmelerin ölçütlerine değinen bir Anayasa Mahkemesi (AYM) kararına göre, idari sözleşme tanımının öğeleri olarak aşağıdaki –öğretidekinin benzeri- üç ölçüte göre belirlenecektir:

1. Taraflardan biri kamu idaresi olması;
2. Sözleşme bir kamu hizmetinin yürütümünü konu edinmesi; ve
3. İdareye özel hukuku aşan yetkiler tanınmış bulunması.<sup>20</sup>

Öğretiye göre, yukarıdaki üç ögenin (ve özellikle ikinci ve üçüncüsünün) birlikte aranma koşulu vardır.<sup>21</sup> Dolayısıyla, sadece kamu hizmetini esas alan ögenin varlığıyla yetinilmeyecek, kamu gücü kullanımına sözleşmede yer verilmesi de ayrıca ilaveten aranacaktır.<sup>22</sup> Buna karşın bu ikisinden sadece birinin ilk ögeyle<sup>23</sup> birlikte varlığını idari sözleşme olarak betimlemeye yeter sayan görüşler de vardır; ancak, bunların henüz azınlıkta kaldığı görülmektedir.<sup>24</sup> Değirmek gerekirse, Fransız hukukunda da “birlikte arama” anlayışı benimsenmiştir.<sup>25</sup>

---

Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 560.

<sup>20</sup> Bkz. AYM'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayımlanmıştır), s. 48. Yine, benzer bir içtihat için bkz. AYM'nin 22 Aralık, 1988 tarih ve E. 1988/5, K. 1988/55 sayılı kararı.

<sup>21</sup> Bkz. Özyay, Günüşğında Yönetim, op. cit., s. 511, 512; Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 542-552; Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 167-170; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 430-433; Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 906-911.

<sup>22</sup> Aslında kamu gücü ölçütü, kamu hizmeti ölçütünün bir tür doğal sonucudur, zira, kamu hizmeti niteliğinde belirlediği savlanan bir faaliyet bakımından, bu betimlemeye koşut biçimde kamu adına müdahale gereksinimi de hemen yanı sıra ve eş zamanlı biçimde belirliyor olmak gerekir (aynı yönde bkz. Ayaydın, Cem; İdare Hukuku'na Giriş, C. II, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008, s. 374).

<sup>23</sup> Sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması ilkesi, Fransız hukukunda geniş bir yorumlamayla esnek biçimde uygulanmakta ve sözgelimi karayolu yapımına ilişkin olarak iki özel kişi arasındaki sözleşmelerin de (buradaki özel kişilerden birisinin idare adına bu kamu hizmetinin görülmesi amacıyla hareket ettiği yaklaşımı benimsenerek) idari sözleşme sayılacağı kabul görmektedir (bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 553; Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 907; Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 543; Bilgen, Pertev; Uyumsuzluk Mahkemesi ve Danıştay İctihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970, s. 27, 28).

<sup>24</sup> Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 46, 47.

<sup>25</sup> Bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 556.

Kamu hizmetine göre yapılan ayırım, kavramın belirsizliği<sup>26</sup> nedeniyle çok yerde sorun oluşturmaktan başka, kamu hizmeti olarak algılanması sözkonusu olamayacak kimi faaliyetlerin yasama tarafından veya yargının içtihatlarıyla kamu hizmeti sayılması karşısında, yetersiz de kalmaktadır.<sup>27</sup> Nitekim, orman ve maden işletmeciliğine dair sözleşmeler<sup>28</sup> ile –kamu borç senetlerinin haczedilememesi gibi, kamu gücü niteliği içeren hükümlere yer verildiği gerekçesiyle - kamu borçlanma (istikraz) sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmaları<sup>29</sup> dikkat çekiyor. Özellikle, –geçmiş dönemlerde idare ile özel sektör arasında “imtiyaz hakkı verilmesi” tabiri kapsamında ele alınmakla sözleşme ilişkisi üzerinden yürütülebildiği gözlenen- maden işletmeciliği bakımından, idari sözleşmenin de ötesine giderek imtiyaz sözleşmesi niteliğinin görülmüş bulunması<sup>30</sup> yine önemli bir husus olarak karşımızdadır.

Şu halde, kamu hizmeti olarak tanımlanmaları olanaksız ve anılan kavramla bağlantısız görülen bu faaliyet alanlarında<sup>31</sup> neye dayanılarak idari sözleşme (veya imtiyaz sözleşmesi) kabulüne gidildiği hususunda bir irdelemeye girişilmesi, gerekli ve giderek kaçınılmaz nitelikte beliriyor denilebilir.

<sup>26</sup> Bkz. Çal, *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, op. cit., s. 1831-1848; keza, bkz. Çal, *Sedat; Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*, GÜHFD, Sy. 11(1-2), 2009, s. 601-614.

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. Günday, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*, op. cit., s. 348.

<sup>28</sup> Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 169, 175, 176; keza, bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70, 71.

<sup>29</sup> Bkz. Onar, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (3 cilt), 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1412, 1413; Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 171, 172; Özay, *Günüşünde Yönetim*, op. cit., s. 510; Gözübüyük / Tan; *İdare Hukuku*, op. cit., s. 553; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 64 vd.; Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 560.

<sup>30</sup> Bkz. Gülan, Aydın; *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi*, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008, s. 165, 166 (Gülan, buradaki “imtiyaz hakkı tanınması” teriminde yer alan “imtiyaz” ibaresinin bir idari sözleşme kategorisi olmayı gerektirdiğine ve fakat kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesiyle eşanlımlı bir statüyü ifade etmediği düşüncesini taşıdığına değiniyor. Gülan, maden faaliyetinin kamu hizmeti olmadığına ve dolayısıyla kamu hizmetinin değışkenlik veya uyarlanabilirlik gibi ilkelerinin maden işletmeciliği alanında uygulanamayacağına aynı kaynakta ayrıca değinmekte (İbid, s. 163), ancak geçmiş dönemdeki bu “imtiyaz” algısına neden gidildiğine yönelik bir değerlendirmeye gitmemektedir.

<sup>31</sup> Bkz. Kanlıgöz, Cihan; *Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri*, AÜSBFD (Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan), C. 52, Sy. 1-4, 1997, s. 351.

## **II. Öğretide ve Yargı Kararlarında Kullanılan Mevcut Ölçütler**

### **A) Kamu Hizmeti Ölçütü**

İdarenin sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin görülmesiyle “doğrudan bağlantılı olması”<sup>32</sup> –daha doğru bir ifadeyle, bir kamu hizmetine ilişkin olması değil ve fakat doğrudan doğruya onun yürütülmesine ilişkin olması- halinde idari sözleşme addolunacağı yönündeki anlayış, kamu hizmeti yaklaşımı olarak idare hukuku öğretisindeki yerini almıştır. Anılan yaklaşımın esas itibariyle Fransız öğretisi kaynaklı olduğu ve “Bordeaux (kamu hizmeti) okulu” olarak da isimlendirildiği görülmektedir.<sup>33</sup>

Kamu hizmetleri ölçütü esas alınarak yapılan idari sözleşme ayırımında, “kamuya yeterli ölçüde sunulamayan hizmetlerin kamu hizmeti olarak addolunmak suretiyle kamusal alana alınması ve bunların kamu tarafından –yahut idare tarafından tercih edilmesi halinde, idarenin yakın gözetimi altında özel sektör eliyle- sunulması gereklidir” şeklinde betimlenebilecek bir yaklaşım benimsenmektedir.<sup>34</sup> Giderek Derbil’e göre sadece kamu hizmetinin görülmesine yönelik sözleşme olması yetmeyecek; kamu hizmeti hem özel hem özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz olabileceğinden, ayrıca bir de sözleşmecisi özel kişinin sözleşmeyle bunu böyle tanıması aranacaktır.<sup>35</sup>

Özel sektör eliyle “gereği gibi sunul(a)mayan” hizmetlerin idare tarafından yerine getirilmesi yaklaşımındaki mantık, bir dereceye kadar anlaşılabilir. Toplumsal bir gereksinimin doğduğu gözlenen bir alanda, özel kişilerce yerine getirilmemesi durumunda idarenin devreye giderek bu gereksinimi tatmin etmesi, doğal karşılanacaktır.

Bununla beraber, asıl sorun, bu hizmetlerin kamu tarafından tüketicilere sözleşmeyle (abonman sözleşmeleri) sunulması durumunda, yahut kamu ile özel sektör arasındaki bir sözleşme üzerinden özel kişilerce yerine getirildikleri takdirde, bunların neden kamu hizmeti sayılarak idari sözleşme sınıflan-

<sup>32</sup> Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 24; keza, bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 169.

<sup>33</sup> Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 642; Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 583.

<sup>34</sup> Bkz. Özay, *Günışığında Yönetim*, op. cit., s. 223-226; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 64.

<sup>35</sup> Bkz. Derbil, *Süheyp; İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHF Yayını, Ankara, 1959, s. 582.*

dırması içerisine alınması<sup>36</sup> ve kamusal alana taşınarak kamu hukuku kısıtlarına bağlı tutulması yaklaşımında yarar olacağı anlayışının açıklanması gerektiği yattır. Giderek aynı durumun idarece bir sözleşme ilişkisi içerisine girilmediği, bunun yerine idarenin tek yanlı işlemleriyle ruhsat vererek özel girişimcilere faaliyette bulunma yetkisi tanıdığı durumlarda, özel girişimcilere ruhsat altında yerine getirilerek tüketicilere hizmet sunulmasına yönelik bu faaliyetlerde neden dolayı kamusal alana alma yaklaşımına gidilerek idarenin tek yanlı yetkiler kullanması gerekeceği anlayışını<sup>37</sup> –yine- dikkate almak, sorgulamak ve ayrıntılı biçimde irdelemek zorunluluğu doğmaktadır.

Bu meyanda, idari yargıda ortaya çıkan bir karara değinmek yerinde olacaktır. Danıştay’ın bir kararında<sup>38</sup>, devlet hastanelerinde özel girişimciler eliyle –bir imtiyaz sözleşmesi üzerinden de olsa- sağlık hizmeti verilmesine hukuken olanak bulunmadığına, zira bu hizmetin idarece bizzat yerine getirilmesi gereken bir kamu hizmeti niteliğini taşıdığına hükümlenmiştir. İlk bakışta, özel kişilerce sağlık hizmeti verilmesinin ülkemizde mümkün olduğu dikkate alındığında, anılan kararın çelişkili bulunması ve eleştirilmesi mümkündür denilebilir.

Kanımızca, burada daha başka bir analize gidilmesi olasılığından söz edilebilir; şöyle ki:

Sağlık hizmetinin aslı olarak idarece verileceği, ancak özel girişimcilerce aynı hizmetin verilebilmesinde de sakınca olmayacağı algılamasından bahsetmek mümkündür. Ancak, hizmetin rekabet koşulları altında özel sektör tarafından gereği gibi verilememesi gerçeğinden sözedilebilir. Burada “gereği gibi yerine getirememe”, rekabetin eksikliğinden ziyade, bu hizmetin halk için olmazsa olmaz bir koşul taşıması, halkın ekonomik gelir düzeyinin (gelir dağılımındaki dengesizlik nedeniyle) serbest piyasada verilen hizmeti almasına olanak tanımayacak mertebelerde seyredebilmesi<sup>39</sup>, daha da önemlisi, hiz-

<sup>36</sup> Ayaydın’a göre, abonman sözleşmelerinin özel hukuka bağlı kılınması, idari yargının etkisizleştirilmesi sürecinin ilk filizlerini oluşturmuştur ve bu sözleşmelerin konusunu kamu hizmetinin teşkil ettiği ile idareye üstün yetkiler tanınmış olunduğu gözardı edilmektedir (aynı yönde bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 433); her ne kadar tarifeler konusunu idari yargıda gören Danıştay kararları bulunsa da, bu durum öğretilerde de pek tartışma konusu yapılmamaktadır ve yanlıştır (bkz. Ayaydın, *İdare Hukuku’na Giriş*, op. cit., s. 206-208).

<sup>37</sup> Bkz. ileride 46 no.lu dipnot.

<sup>38</sup> Bkz. Danıştay İDDGK’nın 25 Ekim, 1990 tarih ve E. 1990/90, K. 1990/73 sayılı kararı (aktaran: Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 678).

<sup>39</sup> Gerçi bu noktada, devlet eliyle hizmet verilirken de hizmetin maliyetinin “sosyalleştirildiği”

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

metin niteliği itibariyle özel sektörün bu hizmeti verirken ticari kaygıya düşebilmesi nedeniyle kamu sağlığı bakımından gereği gibi bir hizmet sunumundan bahsedilememesi gerçeğinden kaynaklanıyor denilebilir.

Dolayısıyla, özel sağlık hizmetleri, nitelik olarak sadece kamusal sağlık hizmetine yardımcı mahiyette var olabilecek bir alanı oluşturur. Bu itibarla, kamusal sağlık hizmetinin sunulması asıl olacak; özel sağlık hizmetleri ise, bu kamusal sağlık hizmeti yeterli ve gereği gibi sunulurken, bir ilave hizmet olarak, isteyen vatandaşların seçme hürriyetine hitap edebilecektir.

İşte, Danıştay'ın bahsekonu iptal kararını bu düşünceler ışığında okumak ve değerlendirmek gerekir kanısındayız. Sağlık gibi kimi hizmetler alanında, kamu tarafından yerine getirilmekte olan hizmeti özel girişim alanına aktarmaya çalışmak, kamu eliyle “gereği gibi” ve “asgari hizmet”in sunulması zemininde bir kopmaya veya zayıflamaya neden olabileceği için, özel girişime devredilmesinde –yerine göre- sakınca bulunmak icap edebilir. Yoksa, bir sağlık hizmeti devletçe veriliyorken, ilaveten herhangi bir özel girişimcinin de aynı hizmeti vermeye hakkı vardır ve bu yönde serbesti esasen zaten tanınmaktadır. Yeter ki, aynı hizmetin idare eliyle asgari ölçüde sunumuna devam edilmek suretiyle, özel sağlık hizmeti alımına gidilmesi yönünde bir zorunluluk yaratılması uygulamasından sarfi nazar edilebilsin.

Kaldı ki, son dönemlerde özel sağlık hizmeti alan bireylerin hizmet alım bedellerinin kamusal mali kaynaklardan karşılanması yönündeki uygulama, bir örnek olarak hatırlanmalıdır; dolayısıyla, bireylerin ekonomik olarak yetersizliği bu anlamda kamu eliyle hizmeti görmeye ilişkin olarak mutlak bir gerekçe oluşturmamak icap eder.

Bu durumu, karayollarındaki bir uygulamaya benzetebiliriz: Otoyolların paralı olarak hizmet verebilmesi için, makul kalitede ve ücretsiz olarak hizmete açık tutulan bir devlet yolunun mutlaka bulunması gerekir. Aksi halde, idarenin bu asgari ulaşım olanağını tanımaksızın ve karayolu yapmaksızın bir bölgede sadece otoyol yapımına gitmesinin ve bu hizmeti de ücretli hale getirmesinin kabul görememesi gerekeceği açıktır. Nitekim, bu yüzden ki devlet yollarında (başka bir deyişle, “otoyol” tanımlanmasına girmeyen karayollarında) ulaşım altyapısı etkinliğinden yararlanabilmek için herhangi

---

ve böylece halkın geneline yaygınlaştırıldığı, vergilerle karşılanan bu maliyeti devletin hizmeti sağlayan özel kişilere doğrudan sağlayarak hizmetin özel girişimciler tarafından sunulmasını ekonomik bakımdan olanak dahiline koyabileceği söylenebilir.

bir harç yahut bedel ödenmesi sözkonusu değildir; bu yolların yapımı, devlet bütçesinden (yani, bir anlamda devletin asli geliri olarak vatandaşlardan toplanan vergilerden) karşılanır. Sağlık sektöründe de, devlet, asgari standartta bir sağlık hizmetini hemen daima vatandaşa (kamusal alana alınmak suretiyle bir kamu hizmeti olarak, yararlananların malî gücüne göre belirlenen bir bedel karşılığında veya zaruret içindeki bireylere tamamen ücretsiz olarak<sup>40</sup>) sunmak zorundadır.

Nihayet, ruhsat altında faaliyet gösteren pek çok özel kişi faaliyetinin bu kapsamda özellikle ele alınıp değerlendirilmesi gerektir. İdarenin verdiği ruhsata binaen özel hukuka bağlı olarak yürütülen faaliyetler, kural olarak rekabet çerçevesinde halka “gereği gibi” sunulabildiği için, kamusal alana aktarılmaları gereğinden bahsedilmemektedir.<sup>41</sup> Nitekim, kamu hizmetine yönelik öğretide yer verildiği görülen tanımlarda “özel sektör tarafından gereği gibi tatmin edilemeyen hizmetler” şeklinde bir açıklık getirilmekte olması, tam da bu hususu doğrulamaktadır.

<sup>40</sup> Nitekim, son dönemlerdeki “yeşil kart” uygulamasıyla dar gelirli veya muhtaç bireylere ücretsiz tedavi olanağı sağlanması, bu yöndeki bir uygulama olarak dikkat çekmektedir.

<sup>41</sup> Ruhsat yoluyla kamu hizmetinin görülemeyeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır (Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 318-320) ve burada bir anlamda rekabet içerisinde gereği gibi sunulan bir hizmet varsayımıyla kamu hizmeti tanımlamasına gerek kalmadığı anlayışına dayanıldığı ve bu itibarla haklı görülebileceği varsayılabilir. Ancak, bir faaliyetin bu niteliği taşımamakla beraber yine de ruhsat altında özel kesimce görülmeye devam etmesi durumu da mümkündür ve esasen Özyay’ın atıfta bulunduğu “*virtüel* kamu hizmeti” yaklaşımı işte tam da bu tür faaliyetleri kapsamaktadır. Buradaki analizin önemi ise şudur: Özel girişim eliyle ruhsatla görülen ve fakat rekabetçi biçimde gereği gibi toplumsal gereksinimi tatmin etmekten uzak kalan bir faaliyet için, kamusal alan telakkisine gitmek veya kamu gücü uygulamak, giderek yerine göre idari yargı bağlamında müdahalede bulunmak gereksinimi doğabilmektedir. İdari sözleşmeler açısından da bu analiz önem taşıyor; zira, özel girişimciler arasındaki bir sözleşme ilişkisine de kamusal gereksinimlerin tam olarak tatmin edilmediği ayrıksı durumlarda kamu gücü uygulanması veya daha iddialı bir savla idari sözleşme gibi bir sonuca varmaya doğru yaklaşımlar geliştirilmesi gereği düşünülebilir. Nitekim, idari sözleşme algısına gidilmemekle beraber, özel kişiler arasında imzalanmış taşınmaz kirası sözleşmelerine yasal düzenlemelerle sonradan müdahale edildiği anımsanmalıdır (bkz. Altaş, Hüseyin; Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması, AÜHFĐ, C. 49, Sy. 1-4, 2000, s. 97-99; keza, bkz. Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFĐ, C. 52, Sy. 3, 2003, s. 229-238). Bu durum, kanımızca “*virtüel* kamu hizmeti”ne benzer bir analogiden hareketle, bir de “*virtüel* idari sözleşme” anlayışına geçiş gereği bulunup bulunmadığını düşündürebilir. Nitekim, uzletişim alanında özel girişimciler arasındaki arabağlantı sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerine dayalı olması karşısında idari sözleşme olarak betimlenmesi olasılığı bu bağlamda değerlendirilebilir (bkz. Tekinsoy, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, op. cit., s. 195).

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

Pozitif hukuk açısından bakıldığında, öncelikle belirtmek gerekirse, Anayasamızda bu hususta bir düzenlemeye tesadüf edilmektedir. Bilindiği üzere, Anayasamıza göre, özel kişilerce yerine getirilen ve fakat kamu hizmeti niteliğinde oldukları kabul edilen hizmetler bulunmaktadır. Buna yönelik 47. madde metninin ilgili kısmı şöyledir: “**Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.**”

Yine, devletleştirmeye dair bir yasal düzenlemede de aynı yönde betimlemelerde bulunulduğu görülür. Anayasa'nın yukarıdaki düzenlemesi kapsamında, bunun koşullarını belirlemeyi teminen 1984 yılında çıkarılan 3082 sayılı Kanun'a<sup>42</sup> göre;

“... özel teşebbüsler, ancak aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde devletleştirilebilir:

- a) Devletleştirilecek özel teşebbüsün, yaptığı hizmet veya üretimin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi,
- b) Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollar-dan sağlama imkanının bulunmaması,
- c) Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamu-nun büyük zarar görmesi.”

Görüldüğü üzere, bu düzenlemede özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetlerin kamu hizmeti niteliğini taşıyabileceği kabul edilmektedir.<sup>43</sup>

Bu hizmetlerin, idarece ruhsat verilmek suretiyle yürütülmekte oldukları hususu dikkate alındığında, aşağıdaki paragraflarda belirtildiği şekliyle idarenin üstün yetkilerinin, -öğretide kamu hizmetlerine yönelik olarak idarenin bu hizmetlerden dolayı aslî sorumluluğunun devam edeceği anlayışı ışığında- özel sektör tarafından yürütülen bahse konu hizmetler bakımından da geçerli olacağı ve uygulanması gerekeceği söylenebilir.

Nitekim, kamu hizmetlerinin ruhsat yöntemiyle görülebileceğini savunan<sup>44</sup> Özyay'a göre;

<sup>42</sup> 20 Kasım, 1984 tarih ve 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun (1 Aralık, 1984 tarih ve 18592 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

<sup>43</sup> Bahsekonu yasal düzenlemeyle ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İhtiyacın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 212, 213.

<sup>44</sup> Aynı görüşte bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 326 vd.



“(i)zin vermek suretiyle özel hukuk kişilerinin de yapabilmesi sözkonusu olan hizmetler alanında değişmeyen tek ilke bu faaliyetlerin asıl sahibi ve sorumlusunun “İdare” olmasıdır.. Bu konumu nedeniyle İdare, hizmetin düzenlenmesinde ve gerekli görülen değişiklikler konusunda da görevli ve yetkilidir. Özel teşebbüs de bu genel düzenlemelere uygun davrandığı sürece o etkinliği sürdürebilir. Aksi halde ruhsatın iptal edilerek o faaliyete süresiz son verilmesi de dahil olmak üzere, yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari yaptırımlar doğrudan uygulanabileceği gibi, adli bir cezanın sözkonusu olduğu durumlarda bu yola başvurulabilmesi de mümkündür.”<sup>45</sup>

İdare hukukunda, özel girişimciler eliyle yürütülen hizmetlerin de kamu hizmeti niteliğinde sayılabileceğine değinen ve bunları “kamu hizmeti özelliği/potansiyeli taşıyan hizmetler” olarak giderek “maddi (virtüel) kamu hizmeti” deyişiyle betimleyen bir yaklaşım görülmektedir.<sup>46</sup> Ancak, bu görüşü benimsemeyen ve böylesi bir anlayışın birey özgürlüklerinin kısıtlanması anlamına geleceği düşüncesiyle karşı çıkanlar da bulunmaktadır.<sup>47</sup> Öte yandan, kaynak Fransız öğretisinde *virtüel* kamu hizmeti anlayışının artık geçerli olmadığı, bununla beraber söz konusu durumu açıklamaya da gidilmediği belirtilmektedir.<sup>48</sup>

Burada dikkati çekmesi gereken husus, özel kişiler arasındaki bir etkinliğin üzerinde kamu hizmeti ilkelerinin –ve kısıtlarının- uygulanabilmesine cevaz verilebilmesinde beliriyor. Acaba bu noktada anılan hizmetlerde ne gibi bir gereksinimin doğduğu kabul edilmek gerekecektir, ki kamu hizmeti algılamasına gidilecektir? Kanımızca burada, yukarıda değindiğimiz üzere öğretide de kimi görüşlerde açıkça vurgulanmakta bulunan, bir hizmetin rekabet içerisinde toplumsal gereksinimleri yeterince ve gereği gibi karşılanmadığı anda bu “kamusal alana taşıma” eylemine gereksinim doğacağı anlayışına dayanılabilir. Böylece, topluma rekabet içerisinde gereği gibi bir hizmetin sunulmaması ve dolayısıyla rekabet ögesi, dayanılan felsefenin odak noktasını oluşturmaktadır denilebilir.

*Virtüel* kamu hizmeti yaklaşımına benzer şekilde, içerik denetimi yapıldığı savlanabilecek alanlar itibariyle bir faaliyet alanında idare ile özel kişi

<sup>45</sup> Bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 250.

<sup>46</sup> Bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s.182, 226.

<sup>47</sup> Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 332; keza, benzer yönde bir diğer görüş için bkz. Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 280.

<sup>48</sup> Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 270.



## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

arasındaki sözleşmenin idari sözleşme sayılması ve böylece kamusal alana taşıyarak idari yargıya bağlı kılma yönünde bir olası yaklaşım da bu noktada düşünülebilir. Ancak, içerik denetimi odaklı bir yaklaşımın yerindeliği kanımızca kuşkuludur. Bu itibarla, anılan ögeye dayanma olanağını göremiyoruz.<sup>49</sup> Öğretide bu yönde destekleyici –ve fakat azınlıkta kaldığı görülen- bir görüşün Balta tarafından ortaya konulduğu görülüyor.<sup>50</sup>

Kamu hizmeti anlayışıyla bağlı kalındığında, idarenin kamu hukuku alanından ileri gelen kimi ilkeleri uygulama hakkına sahip olarak algılanması ve nihayetinde kamu hizmeti alanıyla idari sözleşmeler bağının kurulmasında<sup>51</sup> ne denli isabet görüleceği hususu sorgulanmak zorundadır. Kanımızca, öğreti bugüne kadar sentetik bir analizle veya yaklaşımla konuyu ele almış ve konunun esası yerine kamu hizmeti kavramına yüklenen özelliklerden hareket etmiştir. Oysa, kamu hizmetine yüklenen özellikler, ortada bir kamu hizmeti olmasa dahi gündeme gelebilecek niteliklerdir ve vaktiyle kamu hizmeti kavramıyla ortaya çıkan olaylar neticesinde bu özellikler kamu hizmeti kavramına “yapıştırılıverdiği” gibi, öyle de kalmıştır. Bunun sonucu olarak, kamu hizmeti olarak görül(e)meyen alanlarda (sözgelimi, BTC Projesi dikkate alındığında) kamusal ilkelerin uygulanması gereksinimini böylelikle gözden ırak tutmak gibi bir yanlış yargıya varılıyor noktasına gelinmektedir. İşte, bu nedendir ki analitik bir yaklaşım elzemdir.

Dolayısıyla, herhangi bir kamu hizmeti alanında kamu hizmeti ilkelerinin neden uygulanması gerektiği analitik bir yaklaşımla ele alınmalı ve bu şekilde idari sözleşmeler bakımından gerçek bir ölçüt alanına geçiş yapılmalıdır.<sup>52</sup> Bu ise, toplumsal yararın korunabilmesi amacıyla yönelik ola-

<sup>49</sup> İçerik denetiminin kamu hizmeti kavramının belirlenmesinde ve bu yolla kamusal alana taşıma bağlamında yerinde görülemeyeceğine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, op. cit., s. 1858-1880.

<sup>50</sup> Balta, sözgelimi taksi hizmetinin kamuya yapıldığı ve fakat hem işleyiş hem ücret bakımından kamuya elverişli koşullar içerisinde yürütülmesinin gözetilmesine karşın kamu hizmeti olmadığını belirtiyor ve bu anlamda “uygulanacak müeyyide”nin asıl belirleyici öge olması gerektiğini söylüyor (bkz. Balta, İdare Hukuku – I, Genel Konular, op. cit., s. 20). Burada “müeyyide”ye gerek duyulması da, aslında rekabet içerisinde işlemediği görülen bir hizmetin ortada olduğuna delalet ediyor sayılabilir ve bundan dolayı kamu hizmeti anlayışına geçiş gerektiği savlanabilir. Yine de, müeyyide dahi kanımızca belirleyici asli öge olamaz. Zira, her tür faaliyet alanında yaptırımdan söz edilebilir ve bu nedenle kanımızca ayırdedici bir ölçüte yol veremez.

<sup>51</sup> Bilgen, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, op. cit., s. 115 vd.

<sup>52</sup> Bkz. Çal, Sedat; Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar,

rak, kamu hizmeti şeklinde adlandırılınsın veya ilgisiz bulunsun, herhangi bir alanda aynı kamusal ilkelerin uygulanmasına gereksinim duyulacağı anlayışında yatmaktadır kanısındayız.

Bize göre, işte tam bu noktada farklı bir değerlendirmeye gitmek ve öncelikle idarenin sözleşme imzaladığı ilgili faaliyet alanının tekelci niteliğine göre bir irdelemede bulunmak gereği doğmaktadır. Zira, kanımızca, idari sözleşme sayılarak kamusal alana aktarmanın perde arkasında, kamusal gereksinimlerin gereği olarak idarenin özel girişimciyle arasındaki sözleşmeye müdahalelerde bulunabilmesi olanağının getirilmeye çalışılması yatmaktadır. Bu itibarla da, bu türden bir müdahalenin ne tür bir faaliyet alanında doğabileceğine değinilmesi gerekir. İşte bu durum, ilgili faaliyet alanında tekelci niteliğin var olup olmamasına göre ele alınması gerekli bir konuya işaret etmektedir. Bu konuya ileride III no.lu başlık altındaki değerlendirmelerimizde yer vereceğiz.

### **B) İdareye Üstün Yetkiler Tanınması (Kamu Gücü) veya Özel Hukuku Aşan Hukuksal Rejim Ölçütü**

Kamu hizmetinin kimi alanlardaki faaliyetlerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesini açıklamakta yetersiz kaldığının görülmesi üzerine, öğretilerde daha başka ölçütlerin geliştirilmeye çalışıldığı gözlenmektedir<sup>53</sup>. Bunlardan birisi, idarenin sözleşmelerinin özel hukuka mı, yoksa idare hukukuna mı tâbi olacağına kararlaştırılmasına yönelik olarak, kamu kudretinin kullanılmasına göre yapılacak tesbitin önem taşıyacağı yönündedir.<sup>54</sup>

Kurucuları Duguit ve Jéze olan kamu hizmeti ekolüne karşı bu görüş Fransa'da Hauriou tarafından vurgulanırken<sup>55</sup>, ülkemizde ilk kez Bilgen'in savunduğu anlaşılıyor.<sup>56</sup> Bilgen'e göre, kamu hizmeti bir ölçüt olmaktan uzaktır; zira, bu kavramın devlet faaliyetlerinin tümünü kapsayan bir anlamı bulunur.<sup>57</sup> Ancak, kamu gücü ölçütünün yerinde olamayacağını; zira, bunun bir sonuç

---

Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sy. 63-64, Kasım-Aralık 2009, s. 175-179.

<sup>53</sup> Bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 584.

<sup>54</sup> Bkz. İbid.

<sup>55</sup> Bkz. İbid., s. 583, 584.

<sup>56</sup> Bkz. Bilgen, Pertev; Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi, İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan), Y. 13, Sy. 1-3, 2003, s. 3, 4 no.lu dipnot.

<sup>57</sup> Bilgen, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, op. cit., s. 133.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

olarak ortaya çıktığını ileri sürenler de bulunmaktadır.<sup>58</sup> Yine Bilgen'e göre, Türk hukukunda özel hukuku aşan şartlar yalnızca kamu gücü imtiyazlarına bağlanan, yani idarenin icrai karar ve tek yanlı hareket yetkilerini kullanmasını sağlayan şartlardır.

Böylece, sözleşmenin idari niteliği, özel hukuk sözleşmeleriyle aralarındaki hüküm farkından, yani sözleşmenin bünyesinden doğar. Buna göre de ölçüt, "özel hukuku aşan şartlardır".<sup>59</sup> Bilgen, idari sözleşme belirlemesinde yargının konuyu kamu yararının sağlanması gerektirdiği zaman idari sözleşme olarak belirmeye gitme şeklinde ele aldığına değinmekle, önemli bir vurguya da gitmektedir.<sup>60</sup>

Kamu gücü anlayışına dayanan yaklaşımın bir diğer ifadesi olarak da, sözleşme içerisinde idareye üstün yetkilerin tanınmış olması durumunda sözleşmenin idari sözleşme niteliğini kazanacağı savlanmaktadır. Giderek, kamu gücünün ötesinde, sözleşmenin geneli itibariyle özel hukuku aşan bir hukuksal rejim görünümüne büründüğü anda idari sözleşme nitelendirmesine gidilebileceği yönünde bir görüş de geliştirilmiştir.<sup>61</sup> Burada, özel hukuku aşan üstün yetkilerin/koşulların ötesinde, ilişkinin bütünü itibariyle konuya bakılmak suretiyle "özel hukuku aşan hukuksal rejim" şeklinde bir ölçütün ortaya çıktığı hususu –Fransız hukukundaki bir karara atfen- ileri sürülmektedir.<sup>62</sup>

Yukarıda giriş kısmında belirtildiği üzere, idari sözleşmelerin özel kişiler arasındaki sözleşmelerden ayırd edilmesinde başvurulana başlıca ana yaklaşım, ilkinde taraflar arasında eşitliğin bulunmadığı, ikincisinde ise eşitler arası bir ilişkiden söz edildiği yolundadır.<sup>63</sup> Burada eşit(siz)lik nereden doğmaktadır? Waline'e göre buradaki eşitsizlik, idarenin sözleşme ilişkisinde kategorik

<sup>58</sup> Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 30. Yazara göre, "acaba idarenin bir faaliyeti âmme hizmeti olduğu için mi hususî bir rejime tâbidir; yoksa hususî rejime tâbi olduğu için mi âmme hizmetidir?" sorusu sorulmalıdır; zira, özel hukuka tâbi olmakla beraber, kamu hizmeti niteliğinde oldukları kuşku taşımayan iktisadî ve sınaî hizmetler bulunmaktadır (bkz. İbid.).

<sup>59</sup> Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, op. cit., s. 136.

<sup>60</sup> İbid., s. 135.

<sup>61</sup> Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, op. cit., s. 196, 204 vd.; Yayla, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 167; Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 556; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 31 vd.

<sup>62</sup> Bkz. Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, op. cit., s. 204, 205.

<sup>63</sup> Bkz. Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 549; Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 167; Giritli / Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 911; Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil; *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 410-412.

bir şekilde taraf olmak hasebiyle üstün konumda bulunmasından doğmamakta; bilakis, sözleşmenin konusu dolayısıyla idarenin üstün konum işgal etmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>64</sup>

Waline devamla –ve özetle- şöyle demektedir: İdari sözleşmelerin özel kişiler arası sözleşmelerden ayrılan yönü, birincisinde kamu yararını ilgilendiren hususlar konu edilirken, ikincisinde sadece özel kişileri (buradaki “özel kişi” tanımı kapsamına kamu yararını ilgilendirmeyen bir konum işgal edecek biçimde ortaya çıktığı savlanabilecek olan “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” dolayısıyla, “idare”yi de özel kişi sayarak katabiliriz) ilgilendiren bir ilişki sözkonusudur. Yine, Waline’e göre;

*“... idari mukaveleler, yani idareye haklar ve ajanlarına salâhiyetler bahşeden ve hususi hukuka aykırı bir hukuk rejimine tâbi olan mukaveleler, gayeleri âmme menfaati ve daha sarih olarak, bir âmme hizmetinin kurulması ve işletilmesi olanlardır.”<sup>65</sup>*

Ne var ki, çalışmamız içerisinde vurgulandığı üzere, Waline’in de öğretide benimsenen yaklaşımı devam ettirerek, kamu hizmeti konusunu teşkil etme keyfiyeti ile kamu yararlarının korunması arasında bir koşutluk ilişkisi kurmak suretiyle aynı yanılığa düştüğü kanısındayız. Kamu hizmeti konusunu oluşturması, bir faaliyet alanında kamusal yararların gözetilmesini kuşkusuz ve giderek evveliyetle gündeme getirir. Bununla beraber, kamu yararı (çıkarı) kavramının kapsamı, kamu hizmetini de içine alan –ve fakat- daha geniş bir düzlemi içerir. Dolayısıyla, kamu hizmetini konu edinmese dahi, bir faaliyet alanında kamusal çıkar/yarar –üstelik yerine göre daha da ağır biçimlerde ortaya çıkabilir. Bu yöndeki bir çarpıcı örneğe ileride “II.C” başlıklı kısımda ayrıntılı olarak değinmekteyiz; bu nedenle, burada ayrıca yer vermeyeceğiz.

Daha önce değinildiği üzere, öğretide üstün yetkilerin varlığı ve dolayısıyla kamu gücü kullanımı hususu idari sözleşmeler bakımından bir ölçüt olarak ele alınmaktadır. Biz bu noktada öğretideki oydaşık görüşle ters düşmekteyiz. Bu bağlamda, kamu borçlanma sözleşmelerinin idari nitelikte sayılmasına yönelik bir çalışmamızda üstün gücün ölçüt olması keyfiyetinin bir ayırma gidebilmek bakımından yetersizliği/isabetsizliğini savladığımız gibi, burada da aynı yaklaşımdan hareket etmekteyiz.<sup>66</sup> Sözgelimi, kamu gücü kul-

<sup>64</sup> Bkz. Waline, İdari Mukaveleler, op. cit., s. 568.

<sup>65</sup> İbid.

<sup>66</sup> Çal, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, op. cit., s. 179-190.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

lanımına örnek gösterilen kamulaştırma veya ceza kesme gibi “özel hukuku aşan durumlar”dan bahsedilmesinde<sup>67</sup> isabet görmek olanağı bulunmadığı kanısındayız.

Bu türden kamu gücü kullanımı (kamu yararı gerekçesiyle özel kişiler lehine kamulaştırmalar da dahil<sup>68</sup>) özel kişilerin türlü faaliyetlerinde (sözgelimi, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı (BTC) Projesi kamuya herhangi bir hizmet sunulmasını öngörmediği halde kamulaştırmayla yabancı özel kişileri yararlandırmak üzere kamulaştırma yapılmıştır<sup>69</sup>) gündeme gelebilmekte ve fakat mutlaka idari sözleşme nitelendirmesine gitmeyi gerektirmemektedir. Kaldı ki, sözgelimi, kamulaştırmadan dolayı tazminat konusu özel hukuk tahtında adli yargıda görülmektedir. İdarenin kamulaştırma kararı alması ise zaten bir idari işlem olmakla idari yargıya götürülebilecek bir niteliktedir ve fakat bu kısımdaki idari yargı yetkisi nedeniyle ilişkinin tümüne idari sözleşme etiketi yapıştırılması zorunlu sayılamaz. Yine, ceza verme pek çok sair alanda karşılaşılan bir keyfiyettir. Özetle, tüm bunlar sadece idari sözleşme nitelendirmesine gitmeye yardımcı “septomlar” veya “emareler” olarak bir kısıtlı değeri taşımaya ancak mezun olabilirler; lakin yeterli bir ölçüt sayılmayacaklardır.

Öğretide, kamu gücünün bir ölçüt olarak kullanılması bağlamında kamu borçlanma sözleşmelerinin örnek verildiği görülmektedir.<sup>70</sup> Giderek bu yaklaşımın öğretide neredeyse hemen tamamen egemen olduğu ve tereddütsüz benimsendiği görülmektedir.<sup>71</sup> Oysa, kamu borçlanma sözleşmelerinde kamu kudretinin ne ölçüde var olduğu hususu, mutlaka tartışılmak gerekir. Nitekim, öğretide bu yönde –bizim de belirli ölçüde katıldığımız ve isabet gördüğümüz- bir görüş, Gözler tarafından dile getirilmektedir. Buna göre, kamu borçlanma sözleşmelerinde özel hukuku aşan hüküm yoksa, bunları idari sözleşme değil ve fakat özel hukuk sözleşmesi saymak gerekir.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Yılmaz, *Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri*, op. cit., s. 1224.

<sup>68</sup> Bu yönde ayrıntılı bilgi ve özel kişiler lehine kamulaştırmaya yönelik dikkat çekici bir eleştiri için bkz. Kızıl (Erkelli), Neşe; *Kamulaştırma Fenomeni*, İHİD, Y. 9, Sy. 1-3, 1998, s. 209 vd..

<sup>69</sup> Bkz. Çal, Sedat; *Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi*, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008, s. 90-129.

<sup>70</sup> Bkz. Kanlıgöz, *Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri*, op. cit., s. 343 vd..

<sup>71</sup> Bu konuya ilişkin olarak öğretiden –ve yargı kararlarından- örnekler için bkz. Çal, *Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar*, op. cit., s. 175, 194-202.

<sup>72</sup> Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70.

Yine, aynı yönde öğretilen bir başka görüşe göre;

“Devlet ve bazı kamu tüzel kişileri tarafından tahvil bono gibi adlarla çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan sözleşmeler de idari sözleşme sayılmaktadır. Sözleşmeleri idari sözleşme sayılmasının nedenleri arasında da, sözleşme konusu senedin haczedilememesi, bazan para yerine geçmesi gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlanılması gösterilmektedir (Gözler’e (İdare Hukuku-II, op. cit., s. 70) atfen). Dolayısıyla, sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarına yer veren hükümler yoksa sözleşme özel hukuk sözleşmesi sayılacaktır.”<sup>73</sup>

Oysa, kamu borçlanmaları üstün güç gerekçesiyle idari sözleşme sayılırken, kamu hizmeti olduğu öğretisi ve yargı kararlarında ittifakla zikredilen eğitim hizmetiyle ilgili olarak, idarenin verdiği bursların veya yatılı eğitim hizmeti kapsamında kamu hizmeti zorunluluğu öngörülmesiyle ilgili uyuşmazlıkların özel hukuka bağlı kılındığı da görülmektedir.<sup>74</sup> Bu durumda bir çelişkinin doğduğu savlanabilir.

Yine, bu kez, özel sosyal güvenlik (sigorta) alanında idareden alınan ruhsata dayanarak faaliyet gösteren özel girişimcilerin de bir “kamu hizmeti” yürüttüğü görüşü ileri sürülmektedir ve dayanak olarak idare ile bu kişiler arasındaki ilişkinin denetim ve gözetim düzeyinde bir iç ilişki içerdiği vurgulanmaktadır.<sup>75</sup> Böylece, dolaylı olarak “üstün yetkiler” yaklaşımına dayanılmaktadır. Bu görüşe katılmak zordur. Zira, aksi halde, sözcüğü aynı “iç ilişki”nin bulunduğu tartışılmayacak olan bankacılık sektörünün de kamu hizmeti gördüğü, dolayısıyla bu alandaki sözleşmelerin idari sözleşme sayılması gerekeceği savlanmak durumunda kalınabilecektir.

Bir diğer konu ise, haciz ve üstün yetki yaklaşımı babında ortaya çıkıyor. Bu bağlamda, Gülan, özel madencilik işletmelerinde madencilerin mallarının haczine karşı kısıtlama / yasak getirilmiş olduğuna değiniyor.<sup>76</sup> Yine, Gülan’a göre, maden işletmeciliğinde kamu hizmeti niteliği yoktur ve bu itibarla kamu hizmeti ilkesi olarak uyarlanabilirlik gibi kısıtlara bağlı kılınmaz.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Gözübüyük / Tan; İdare Hukuku, op. cit., s. 553.

<sup>74</sup> Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 64 vd..

<sup>75</sup> Bkz. Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Y. 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84, s. 114.

<sup>76</sup> Bkz. Gülan, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, op. cit., s. 173.

<sup>77</sup> İbid, s. 163.

## *İdari Sözleşmelerde Ölüçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

Oysa, kamu borçlanma sözleşmelerinde görüldüğü gibi, hacizden bağışıklık idarenin üstün gücüne delalet ediyor yönündeki algılama öğretide egemen bulunmakta ve bu sözleşmelerin idari sözleşme niteliğine bürünmesi bakımından gerekçe olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda, Gülan'ın buradaki savıyla idare hukuku öğretisindeki genel yaklaşımın çeliştiği savlanabilir.

Öte yandan, kamu kudretinin varlığına bağılı olarak ayırım öngörülmesi, bir diğere açıdan da öğretilerdeki mevcut algılama bağlamında eleştiriyeye açıktır. Daha önce değinildiği üzere, öğretilere göre, idarenin sözleşmelerinin hangisinde özel hukuk sözleşmesi hangisinde idari sözleşme niteliğinin varlığı sorununa bakışta şöyle bir yaklaşım benimsenmektedir: Öncelikle yasayla idari sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilmediğine bakılacak, burada belirsizlik varsa bu defa sözleşmeye dönülerek “sözleşmenin konusunu bir kamu hizmetinin oluşturup oluşturmaması, hükümlerinin ise kamu kudreti içerip içermemesi öğelerine göre hüküm kurulacaktır. İşte, buradaki “kamu kudretinin sözleşme hükümleri içerisinde yer verilip verilmediğine bakılması” yaklaşımının eleştirilmesi gerekir.

Bu meyanda değinmek gerekirse, neden dolayı sözleşme hükümlerine bakılması zorunlu sayılacaktır(?) sorusu açıkta ve yanıtız kalıyor gibidir. Nitekim, sözleşme hükümleri içerisinde yer verilmese dahi, bu sözleşmenin dayandığı yasada kamu kudretinin kullanılmasını öngören hükümler varsa nasıl hareket edilecektir?

Az önce, yasada idari sözleşme olarak belirlenmesi keyfiyetine değinilmiştir. Ancak, kamu kudretinin yasada öngörülmesi, yasayla idari sözleşme olarak belirlenmesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Şu halde, yasada idari sözleşme olarak değerlendirilmeyen ve fakat idareye kamu kudreti kullanma olanağı tanıyan bir durumda, bu yasa kapsamındaki sözleşmeler<sup>78</sup> bakımından kamu kudreti idari sözleşme nitelendirmesine yol açacak mıdır?

Bir bakış açısıyla, kamu kudreti öngören yasa nedeniyle, sözleşmenin içinde kamu kudreti yönünde hükümlere yer verilmese dahi yine idari söz-

<sup>78</sup> Burada dikkat çekmek isteriz ki, anılan sözleşmeler yasadaki düzenleme sonrası dönemde imzalanmaktadır. Dolayısıyla, yasa üzerinden sözleşmede değışiklik yapılması kavramı bakımından, sözleşmenin imzalanmasından sonra yasayla sözleşmelere değışiklik getirilmesi (kira sözleşmeleri konusunda örneği görüldüğü üzere (bkz. Sezer, Yasin, İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değışiklik Yapma Yetkisi, AÜEHFD, C. VIII, Sy. 1-2, 2004, s. 163-167) hususundan farklı niteliktedir.



leşme sayılması gerekeceği savlanabilir.<sup>79</sup> Ancak, uygulamada bu yaklaşımın aksi görülmektedir. Sözelimi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda (m. 63) idareye sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma yetkisi tanımak suretiyle kamu kudreti kullanma olanağı sağlanmaktadır (4734 sayılı Kamu İhale Yasası ile 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu daha sonraki tarihlerde kabul edilmiş olup, sözleşmede tek yanlı değişiklik olanağı tanımadığı görülmektedir ve öğretide eleştiriyle karşılanmaktadır<sup>80</sup>). Oysa, uygulamada ve öğretide ege-men görüşe göre, idarenin anılan yasa kapsamındaki sözleşmeleri özel hukuka bağlı kabul edilmektedir.<sup>81</sup>

Şu halde, karşımıza gelen bu durumda, bir yanda öğretiye göre kamu kudreti sözleşmede yer alırsa idari sözleşme niteliği ortaya çıkacak; ancak, kamu kudretine sözleşmede değil ve fakat örneğimizdeki (4734 ve 4735 sayılı yasalar öncesindeki durum itibarıyla) ihale yasasında yer verildiğinde idari sözleşme niteliği belirliyor mu sayılacaktır? Burada bir çelişki doğacağı görülmüyor.

#### **- Kamu kudreti ile tekel arasındaki ilişki**

Kamu kudreti ile tekel kavramı arasında ne gibi bir bağlantıdan sözedilebilir? Kanımızca, kamu kudreti özellikle tekel konusu kılınan alanlarda etkinliğin doğası gereği kamu kudretine gereksinim duyurmaktadır. Bu anlamda, esasen kamu hizmeti kavramından kamu kudretine geçişi de aynı düzlemde görebilme olanağı savlanabilir. Şöyle ki, ileride Bölüm III'de değinildiği üzere, serbest rekabet içerisinde gerektiği gibi tatmin edilebilen alanlarda kamu hizmeti anlayışına gitmek için bir gerekçe kalmadığı savlanabilir.

Bu rekabetçi alanlarda idarenin girişimcilerle sözleşme ilişkisi içerisine girmesi genel anlamda söz konusu olmayacaktır. Ancak, sınırlı anlamda özel kişilerin idareye genel kamuya idarece bilahare sunulmak üzere değil ve fakat idarenin kendi tüketimi için hizmet sunmaları hususunda sözleşme ilişkisine girme gereği doğabilir (idareye şişelenmiş su satışı veya kunduranın/ayakkabının idareye (sözelimi askeriyeye) satılması örneğindeki gibi).

<sup>79</sup> İdarenin kamu hizmeti ilkelerini uygulayabilmesi için idari sözleşmelerde idareye üstün yetkiler tanıyan hükümlere yer verilmesinin zorunlu olmadığı, bu yetkilerin sözleşme dışı, idare hukukunun kamu hizmetine ilişkin ilkeleri kaynaklı olduğu yönünde isabetli bir görüş için bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 326.

<sup>80</sup> Bkz. Sezer, *İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi*, op. cit., s. 157.

<sup>81</sup> Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 577.



## *İdari Sözleşmelerde Ölüçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

Burada anılan sözleşmeleri idari sözleşme kılmak için bir gerekçe kolayca görünür değildir; özellikle aramak gerekir. Kimi özel koşullarda belki varlığı savlanabilir. Onar, idarenin kamu hizmetinde kullanmak üzere satın aldığı mallarda genellikle özel hukuka bağlı kılınma özelliğinin görüldüğüne değinmekte, ancak sözgelimi ordunun gereksinim duyduğu silahların alınmasına yönelik, milli savunma gibi kamu menfaati bakımından yaşamsal önem taşıyan konularda, idari yargıya bağlı kılınması gereken özellikli hususların bulunabildiğine değinmektedir.<sup>82</sup>

Yine, öğretilerde –idari rejimi benimseyen kimi diğer ülkelerde olduğu gibi- örneğin bir baraj yapımının gecikmesi genel kamu zararına yol açacağı gerekçesiyle bu tür sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü savunanlar bulunmaktadır<sup>83</sup>. Giderek Fransa’da bayındırlık hizmetlerinin idari yargıya bağlı kılınması<sup>84</sup> da aynı yaklaşıma dayandırılabilir. Bunun dışında, serbest rekabet içerisinde halka sunulan/sunulabilen bir hizmet alanındaki girişimci ile halk arasındaki sözleşmelerde idari sözleşme niteliğini arama gereksiniminden söz etmek çok zor olacaktır denilebilir.

Ancak hizmetin serbest rekabet koşullarında işleyemediği alanlardadır ki, “kamu hizmeti” telakkisini hemen devreye sokarak “kamusal alana” taşıma gereksiniminden bahsedildiği savlanabilir. İşte, bu anlamda kamu hizmeti ve kamu kudreti telakkileri örtüşüyor sayılabilir. Kamu kudreti kullanılmasını zorunlu kılan, açıktır ki, kamusal alana taşınma gereksinimidir. Bu alanlar serbest rekabetin görülemeyeceği etkinlik alanları olmakla tekel/oligopol bağlantısı burada kuruluyor diyebiliriz (işler durumunda bir rekabetçi yapının varlığına rağmen, kamusal alana alınma gereksinimi duyulabilecek kimi ayrık durumlarından da bahsedilebilir, ki bu husus ileride Bölüm III’de değerlendirilmektedir).

<sup>82</sup> Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1599.

<sup>83</sup> Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 428, 429. Derbil’in de benzer yaklaşımla konuyu ele aldığı ve Türk hukukunda sonraları değişerek adli yargıya bırakılan bayındırlık yapım sözleşmeleri ile idarenin mal alımlarını açıkça idari sözleşme şeklinde tanımladığı görülmektedir (bkz. Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 588-593). Gözler de, bayındırlık yapım işlerinde özel hukuku aşan nitelikte hükümlere yer verilmesi veya –karayolu yapım işlerinin taahhüt şirketlerine ihaleyle verilmesine yönelik sözleşmelerde olduğu gibi- konusunun bir kamu hizmetinin ifasına yönelik olması hallerinde, bunların idari sözleşme olarak kabul edilmeleri gerektiğini savunmaktadır (bkz. Gözler, Kemal; *İdare Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s. 470-473).

<sup>84</sup> Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1609; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 83, 84.

Ancak, daha önce değinildiği üzere, öğretide kamu kudretinin kamu-  
sal alana alınmanın sonucu mu nedeni mi olduğu konusunda bir neden/so-  
nuç ilişkisi bağlamında yanlış bir algılamının varlığından söz eden görüşler  
de bulunmaktadır.<sup>85</sup> Nitekim, hemen aşağıda, bahsettiğimiz konuyla bağlantılı  
olarak, kamu kudreti/kamu hizmeti/kamusal alana alınma denkleminde farklı  
bir yaklaşıma gidilebileceği savlanmaktadır.

Bu durumda keyfiyet, serbest rekabetle gerçekleşen alanlarda dahi,  
kimi durumlar itibarıyla kamusal alana taşınma ve kamu kudretini uygulaya-  
rak sözleşmeleri idari yargıya bağlı kılma gereğinin doğabileceği anlayışına  
dayanmaktadır. Şimdi, aşağıdaki bölümde bu ifadeyle nelerin kastedildiği hu-  
susuna açıklama getirmeye çalışalım.

### C. Kamu Hizmeti veya Kamu Kudreti Ölçütleriyle Açıklanması Olanaksız Faaliyetler

“Giriş” kısmında, yer verildiği üzere, idari sözleşme olarak tanımlanan  
kimi faaliyetlerin, kamuya hizmet verilmesiyle veya kamu kudretinin kulla-  
nımıyla ilgisinin kurulması olanağı pek bulunmamaktadır. Nitekim, öğretiden  
bir görüşteki ifadeyle, “... idarî yargının görev alanının belirlenmesi (ba-  
kımından) kamu gücü ..., kamu hizmeti ..., kamu kanunu ... gibi ölçütler yeter-  
siz, elverişsiz ve çoğu kez belirsiz...”<sup>86</sup> bir nitelik içermekle malûl durumdur.  
Dolayısıyla, aşağıdaki paragraflarda, anılan eksiklik karşısında ne gibi bir  
durumun ortaya çıkacağı hususuna değinmek istiyoruz.<sup>87</sup>

Bu yöndeki –öğretide atıfta bulunulan- iki örnek, daha önce de değinil-  
diği üzere<sup>88</sup>, orman<sup>89</sup> veya maden işletmelerine ilişkin sözleşmelerin idari söz-

<sup>85</sup> Bkz. yukarıda 59 no.lu dipnot. Keza, Tekinsoy’a göre de, “(s)özleşme, kamu gücünün kayna-  
ğını oluşturmaz” (bkz. Tekinsoy, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, op. cit., s. 225).

<sup>86</sup> Günay, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, op. cit., s. 348.

<sup>87</sup> Bu kısımda yer verilen değerlendirmeler, bir başka çalışmamızda ayrıntılı biçimde ele alın-  
maktadır (bkz. Çal, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, op.  
cit., s. 165-168, 179-190).

<sup>88</sup> Bkz. yukarıda 29 ve 30 no.lu dipnotlar.

<sup>89</sup> Ormanların özel girişimciler eliyle işletilmesine yönelik olarak 1982 Anayasası öncesin-  
de idare ile özel kişiler arasında sözleşme imzalanabilmekteydi. Ancak, 1982 Anayasası m.  
169/2 uyarınca bu olanağın kalmadığı ve bu işlerin devletçe bizzat yerine getirilme zorunlu-  
luğu bulunduğu, böylece bahse konu sözleşmelerden artık bahsedilemeyeceği belirtilmekte-  
dir (bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 561; Kalabalık, Halil, İdare Hukuku Dersleri, Deği-  
şim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 193). Değirmek gerekirse 1961 Anayasası da aynı düzenle-  
meyi öngörmüş olmakla, orman imtiyaz sözleşmeleri 1961 öncesi dönemde görülen bir uy-  
gulama olmuştur (bkz. Günay, İdare Hukuku, op. cit., s. 176). Ne var ki, Anayasa’nın ilgili

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

leşme sayılmaları bağlamında gündeme gelmektedir.

Açıktır ki, anılan her iki örnek faaliyet alanında da, –idare ile özel kişiler arasında imzalanan sözleşmelerin konusu itibariyle- kamuya sunulan bir hizmetten bahsedilebilmesi olanağı bulunmamaktadır.<sup>90</sup> Bunlar, doğal olarak, kamusal mamelek içerisinde bulunan malların işletilmesine ilişkindir; kimi zaman, yurt içinde satışa sunulmaksızın sadece dış satıma hizmet etmesi ve böylelikle kamuya sunulan bir hizmetin gündeme dahi gelememesi de mümkündür.

Öğretide bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmalarının gerekçesi olarak, ormanların toplum açısından diğer mallarla karşılaştırılmayacak denli önem taşıması veya Anayasa gereği devletin denetim ve gözetimi altında bulunması, madenlerde ise ülke açısından olağanüstü önemi gösterilmektedir.<sup>91</sup>

Oysa, kanımızca bahsekonu alanlardaki sözleşmelerin idare hukukuna tâbi tutulmaları, kamunun korunmasına yönelik bir gereksinimin bu alanlarda ziyadesiyle bulunduğu yaklaşımıyla irtibatlandırılmasından dolayı sözkonusu edilebilmek gerekir. Özellikle maden ve sair doğal kaynaklar itibariyle, bu alanların Osmanlı dönemindeki imtiyazların örneklerini teşkil etmeleri, bu kaynakların doğal servet olarak tüm toplumun çıkarlarını yakından ilgilendirmeleri, ülke geleceğini şekillendirebilecek veya etkileyebilecek mali ve siyasi önemde bulunmaları, bunların idarenin diğer sözleşmeleri ile kıyaslandığında ileri –ve belki de yaşamsal- derecede önemli olduklarına işaret etmektedir.

Dolayısıyla, bu alandaki sözleşmelerin idari sözleşme, hatta imtiyaz sözleşmesi olarak algılanmaları ve 1999 Anayasa değişiklikleri öncesindeki haliyle Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilerek imzalanmaları gereğine

---

maddesine 2003 yılında getirilen bir değişiklikle “işletirilir” kelimesi ilave edilmiş ve böylece sözleşmeyle özel girişimcilere bu alanda faaliyette bulunma yolu tekrar açılmış durumdadır (bkz. Yayla, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 168).

<sup>90</sup> Maden işletmeciliğinde kamu hizmeti niteliği görülemeyeceği hususunda bkz. Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi*, op. cit., s. 163.

<sup>91</sup> Bkz. Onar, *İdare Hukununun Umumî Esasları*, op. cit., s. 1360, 1366; Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 175, 176; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70, 71. Bilgen'e göre, madenlerde idari sözleşme kanununun nitelendirmesiyle belirir. Zira, özel hukuku aşan şartlar veya kamu hizmeti nedeniyle ortaya çıkmamaktadır; özel bir kriter, yani petrole, taş ocağına müteallik oluşları ve bu kurumların zaten idare hukuku ilke ve kurallarına tâbi olmaları nedeniyle idari sözleşme nitelendirmesi doğmaktadır (bkz. Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, op. cit., s.19). Burada bir tür “faaliyet alanının niteliği ve önemi”ne dayanıldığı görülüyor.

dikkat etmek gerekir. Giderek, 1924 Anayasası'nda maden imtiyaz sözleşmeleri de dahil tüm imtiyaz sözleşmelerinin yürütme erkine bırakılmaması ve bu yetkinin sadece Meclis'e tanınması<sup>92</sup>, konunun ülke ve bireyler açısından taşıdığı olağanüstü önem dolayısıyladır. Şu halde, özü itibariyle maden sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmasındaki temel neden, kamunun genel korunma gereksiniminin başka suretle korunabilmesine olanak bulunmaması nedeniyle doğmaktadır.

Dikkat edilirse, idari sözleşme sayılarak kamusal alana aktarmak suretiyle kamu hukuku ilkelerinin koruma mekanizmalarına vücut verecek uygulamaların kapısını açabilmek, aslında tüm idari sözleşme konusu faaliyetler bakımından sözkonusudur. Kanımızca, bu unsura dikkat edilmek suretiyle analitik bir yaklaşıma gidilmediği içindir ki, gerek öğretilerde ve gerek yargıda kamusal korunma mekanizmalarına gereksinim duyulan alanlarda idari sözleşme sayılarak korunmayı gerçekleştirme gereği duyulduğunda, gerekçe bulabilmek için görünürdeki kimi öğelere müracaat ediverme yaklaşımı benimsenmiş durumdadır.

Bu görüşümüze açıklık getirelim: Sözgelimi, bir altyapı hizmetinin uzun süreyle özel sektöre gördürülmesi sırasında doğabilecek kamusal korunma gereksinimini hukuken olanak dahilinde tutabilmek için, bu hizmetin "kamu hizmeti niteliğinde olması" gerekçesine sığınılması, aslında arka plandaki gerçek gerekçenin görünürdeki unsuru anlamında değerlendirilmek icap eder. Bu faaliyet alanlarında, rekabetin tesisiyle kamusal korunma gereksinimine gerek kalmadığı andan itibaren kamu hizmeti niteliğinin kalmayacağı hususu, esasen öğretilerde de savunulmaktadır.

Oysa, "zahirdeki" bu unsur, arkasında yatan esas gerekçenin sadece bir bakımdan tezahürü sayılabilir ve yeri geldiğinde arkasında yatan asıl gerekçeyi tamamen kapsayan bir koruma mekanizmasını içermesi sözkonusu olmayabilir. Bu hususu bir örnekle açıklayalım:

Değindiği üzere, özel sektör eliyle gereği gibi yerine getirilmesi ve halkın bu hizmetin kendisine sunulmasıyla ilgili gereksinimini tam olarak tatmin edebilmesi durumunda, bir hizmetin kamu hizmeti olarak algılanması ve kamusal alana aktarılarak kamu hukuku ilkelerine bağlı kılınması gerekme-

<sup>92</sup> Bkz. Günday, Metin; Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 185-186.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

yeceği hususu, öğretinin de ikrar ettiği bir keyfiyettir. Özellikle sınai ve ticari faaliyetler bakımından, rekabetin yeterli derece işlerlik kazandığı faaliyet alanlarında, kamunun hizmete ilişkin gereksinimlerinin tatmin edilebilmesi mümkün olabilecektir. Bu noktada, sözkonusu faaliyet alanlarında kamu hizmeti olarak nitelendirmeye ve kamusal alana taşımaya gerek kalmamış sayılacaktır.

Ancak, bu hizmetin rekabete konu olabilmesi ve hizmetin kalite ve fiyat anlamında tatmin edici koşullarda halka sunulmakta olması, acaba kamusal korunma mekanizmalarına duyulan gereksinimi tamamıyla karşılayacak durumda olmak zorunda mıdır?

Konuya enerji sektöründen bir örnekle devam edelim: Kabul göreceği üzere, elektrik üretimi alanında özel kişilerce rekabet içerisinde faaliyet gösterilmesi ve böylece halkın kalite ve fiyat olarak elektrik hizmetine tatmin edici koşullarda kavuşması mümkün olabilir. Aynı durum, sözgelimi petrol rafinerisi işletmeciliği ve akaryakıt dağıtım istasyonu işletmeciliği bakımından da sözkonusu olabilir. Bununla beraber, elektrik üretimi ve akaryakıt sektörlerinde özel girişimcilerin –velev ki rekabet altında, halkın gereksinimlerini tatmin edici biçimde sunuluyor bulunsun- faaliyet göstermeleri, ülkenin enerji bağımlılığı veya enerji politikaları bakımından yabancı girişimcilerin kontrolü altında bulunması sakıncalar yaratmaya elverişli olabilir. Bu alanların çoğu ülkede “stratejik sektörler” şeklinde algılandığı da dikkat edilmesi gereken bir husus olarak göze çarpmaktadır.

Şu halde, bahsekonu alanlarda rekabet içerisinde halkın gereksinimlerinin karşılanması ve bundan dolayı da kamu hizmeti olarak tanımlanamaması nedeniyle kamu hukukuna bağlı kılınmaması, stratejik önemleri dolayısıyla kamu hizmeti sayılmaları da öğretilerdeki kimi yaklaşımlar itibarıyla görülmeyebileceğinden, önemli bir eksiklik yaratmak durumundadır. Bu faaliyet alanlarında idare ile özel girişimciler arasında bir sözleşme imzalanmadığı ve idareden alınan ruhsat kapsamında faaliyet gösterdikleri, dolayısıyla kamusal alana taşınacak bir sözleşmenin de zaten ortada bulunmadığı görüşü ile sürülebilir.

Buna karşı verilebilecek olası bir yanıt ise, şöyle ifade edilebilir: Aynı husus, sözgelimi, ruhsata dayanarak faaliyet gösteren eğitim ve sağlık alanlarındaki özel kişi faaliyetleri bakımından da sözkonusudur. Bu faaliyetler kamu hizmeti sayıldığı için, öğretilerdeki egemen görüş uyarınca, idarenin bu

alanlardaki faaliyetlerden sorumluluğunun devam ettiği ve bu alanların kamu hukuku kurallarına bağlı olmaya devam edeceği hususu ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, enerji sektöründeki faaliyetler bağlamında ortaya koyduğumuz örnekler de aynı değerlendirmeye bağlı kılınabilecektir.

Öte yandan, “stratejik” öneminin farkına varılmasına istinaden bu faaliyetlerin devlet eliyle gerçekleştirilmelerine karar verilecek ise, bu, devletleş-tirmeye ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca yapılmak gerekecektir. Bilindiği üzere, anılan Kanun’da yer verilen düzenleme, bir faaliyetin devletleştirilmesi için “stratejik olma”yı öngörmemektedir. Aranılan koşul, bu faaliyetin özel girişimcilerce tatmin edici biçimde yerine getirilip getirilmediği üzerinde dü-ğümlemektedir. Rekabetçi koşullarda yürüttüğü hizmeti kamuyu tatmin edici biçimde yerine getiren özel girişimcilerin varlığı durumunda, enerji sektöründeki devletleş-tirmeye –yasanın aradığı mevcut koşullar itibariyle- cevaz bulunmadığı savunulabilecektir.

Kaldı ki, özel kişilerce yerine getirilebilecek bir hizmet alanının “stratejik olma” gerekçesiyle kamu tarafından yerine getirilmesinin Anayasal özgür-lükler bağlamında itirazla karşılaşması da sözkonusu olabilecektir. Öğretiden bu yönde serdedilen bir görüşte, aşağıdaki ifadeye yer verilmektedir:

“... Anayasada özel hüküm bulunmadıkça, niteliği gereği özel teşebbüsün de yapabileceği bir devlet faaliyeti tekel haline getirilemeyecektir. Niteliği gereği özel teşebbüs tarafından yapılabilecek faaliyetler ise, özel hukuk kuralları çerçevesinde, kamu kudreti kullanımına gerek duymadan yapılabilecek faaliyetlerdir.”<sup>93</sup>

Bahsekonu ifadede değinilmemekle beraber, kastedilmek istendiğini varsaydığımız –veya en azından kanımızca sözkonusu edilmek istenen- başat unsur, özel sektör tarafından bir faaliyetin “rekabet koşulları” altında bir kamusal gereksinimi yeterince tatmin edebilmesi halinde bu faaliyetin devlet tarafından tekel haline getirilemeyeceği ilkesi olarak algılanmalıdır.

Nitekim, yazar aynı eserinin bir başka bölümünde bu yönde açıklık getirerek;

“faaliyete konu toplumsal ihtiyacın özel kişilerin faaliyetleriyle tam olarak karşılanabilmesi durumunda... (yani) rekabet ortamı ve diğer bazı fak-

<sup>93</sup> Bkz. Ayaydın, Cem; 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s. 562 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

## **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi**

törler nedeniyle, özel sektör bu faaliyeti devletin sunduğu şartlarda sunmaya başlamış (ise)... artık Devletin bu ihtiyacın tatmini için faaliyete devam etmesine gerek kalmamaktadır”<sup>94</sup>

demektedir.

Yine, aynı görüşte benzer bir hususa daha vurgu yapılmakta ve devletin özel sektörün de faaliyet gösterebileceği bir alanda kendi lehine tekel kurabilmesi anlayışı eleştirilmektedir. Buna göre;

*“İdarenin tekel olarak faaliyette bulunma yetkisinin anayasal dayanağının bulunduğu söylemek güçtür... Bir faaliyet alanında tekel yaratmak, o alana ilişkin bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmak demektir ve bu nedenle de, olağan dönemlerde, kanunkoyucu tarafından yapılabilecek bir tasarruf niteliğinde değildir... Sosyal bir Devletin, gelirlerini artırmak amacıyla faaliyette bulunabilmesi olgusu ve bu amacı gerçekleştirmek için tekel yaratması, yani özel teşebbüs hakkının özüne dokunması, mümkün görülmemelidir.”*<sup>95</sup>

Devletin faaliyet alanının sınırlılığı bağlamında tekel konusuyla bağlantılı görüşlerini belirtmeye devam eden yazara göre;

*“Devlet, sosyal hukuk devleti esaslarına göre faaliyete bulunacaktır. Bu, faaliyetin hem hukuki temelini hem de sınırını oluşturmaktadır. Devlet, sosyal devleti gerçekleştirmek için sosyo-ekonomik alanda da faaliyette bulunabilecektir ama, Hukuk Devletin temelini olan demokratik, özgürlükçü toplum düzenini bertaraf edemeyecektir. **Başladığı faaliyeti, niteliği gereği özel teşebbüsün uğraş konuları içerisinde kaldığı sürece, tekel olarak yürütmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, Devlet, bir faaliyete başlarken, kural olarak, başta mülkiyet hakkını ve teşebbüs kurma hakkı üzere temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıramayacaktır.**”*<sup>96</sup>

Öğretiden bir diğer görüşte de aynı yönde değerlendirmeye gidildiği görülmektedir. Buna göre;

*“sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında kazandıkları hukuki rejim (=sınırlama sebebi içermeyen bir hükümle düzenleniyor olmaları (sonucunda)) ... Anayasamız hiçbir alanı özel kişiler lehine kamu hizmetlerine kapatmadığı gibi, sözleşme ve ça-*

<sup>94</sup> İbid., s. 479.

<sup>95</sup> İbid., s. 218, 220.

<sup>96</sup> İbid., s. 593, 594 (“vurgu”, tarafımızdan yapılmıştır).



*lışma özgürlüklerinin düzenlenmesi bakımından hiçbir alanda (idare lehine) tekel biçiminde kamu hizmeti de kurulamayacaktır. Aynı sonucun özel kişiler için de geçerli olduğu, bir kamu hizmeti alanının özel kişilere de tekel biçiminde gördürülemeyeceği kabul edilmelidir.”<sup>97</sup>*

Devletleştirme yerine, hizmetin özel kişiler eliyle yerine getirilmesi ve fakat yabancı girişimcilere kapalı bir alan şeklinde faaliyet göstermeleri yoluyla, stratejik önemin ve bu meyanda kamusal korunma mekanizmalarının gerektirdiği biçimde, hizmetin yerel girişimcilerce yürütülmesinin sağlanması da bir yöntem olarak düşünülebilir. Nitekim, bu keyfiyetin, özelleştirme politikalarına yönelik eleştiriler sırasında gündeme geldiği ve özelleştirmenin yabancılaştırma anlamına mutlaka gelmemesi yolundaki eleştirilere neden olduğu hatırlanacaktır.<sup>98</sup> Ancak, bu olasılık, bir nedenden dolayı mümkün bulunmamaktadır. Aşağıdaki paragrafta bunun nedenine değineceğiz.

Ülkemizin de imzaladığı ve onayladığı Enerji Şartı Sözleşmesi, üye devletlerin enerji sektörlerinde doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik haklarının tanınmakta olduğuna açıkça atıfta bulunmakta (bkz. m. 18); bununla beraber, bir defa üye devlet enerji alanındaki hizmetleri özelleştirmeye karar verdiği ve uygulamaya geçtiği anda, artık yerli ve yabancı şirketler arasında hiçbir ayrımcı düzenlemeye gidilemeyeceği yolunda hükümler içermektedir. Dolayısıyla, enerji sektörüyle ilgili faaliyetler devlet tekeli altında yapıldığı süreçte bunda bir sorun görmeyen Sözleşme, özel sektöre aktarılan faaliyetler bakımından “stratejik önem” yahut başka gerekçelerle yabancı girişimcilerin faaliyetlerine izin verilmemesine engel oluşturuyor gibi görünmektedir. Zira, Sözleşme’nin 10. maddesine göre, üye devletler en çok gözetilen ülke (“*most favoured nation* (MFN)”) ve ayrımcı olmayan uygulama (“*national treatment* (NT)”) ilkeleri uyarınca hareket edeceklerini yükümlenmiş durumdadır.

Yalnız, burada anılan yükümlülüğün bir tür “yarı bağlayıcı” yahut yabancı literatürdeki ifadesiyle “*soft-law*” niteliğinde bulunduğu, bu itibarla yabancı yatırımcıların ülkeye girişlerinde anılan özelleştirme uygulamalarında kısıtlama yasağının ne ölçüde keskin bir hukuksal yükümlülük oluşturacağının belirsizlik içerisinde kaldığı da savlanabilecektir. Bu meyanda ilaveten, anılan yükümlülüklerin daha ziyade “yapılmış” bulunan yatırımlar için ayrımcı

<sup>97</sup> Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 267.

<sup>98</sup> Bkz. Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 ([http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27\\_08Haz05.pdf](http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf)).



## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

cılık yasağı getirdiği ve yabancı yatırımların ülkeye kabul edilmesi öncesi bakımından bir zorunluluk yaratmadığı da ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla, bu durumun tahkim kararlarıyla belirginlik kazanıncaya değin tartışmalı kalacağını söylemek daha doğru olacaktır.

Sonuç olarak, yukarıdaki paragrafta zikredilen nedenlerle, rekabetçi koşullarda kamuya tatmin edici bir hizmetin verilmesi durumunda, kamusal alana aktarmayı öngöremeyeceğimize göre, geriye başka bir hukuksal gerekçe kalmamaktadır. Öğretideki mevcut görüş uyarınca, başka bir gerekçeyle hareket etmeye de olanak bulunmamaktadır. Hemen hatırlanmak gerekirse, AYM'nin enerji sektörü bağlamındaki faaliyetlerin stratejik önemini anımsatmaya yönelik “önemli hizmetler” şeklindeki ifadeleri, öğretide eleştiriyile karşılaşmış idi.<sup>99</sup> Buradaki irdelememizin, Anayasa Mahkemesince neden aslında çok isabetli bir değerlendirme anlamına geleceğini ve öğretideki eleştirinin neden yanlış olduğunu ortaya koyduğu kanısındayız.

Bize göre, AYM'nin ve Danıştay'ın enerji sektörüne ilişkin kamu hizmeti-ımtiyaz değerlendirmeleri sırasında benimsediğı yaklaşım, kamusal korunma mekanizmalarının fevkalade isabetli ve yerinde bir biçimde sezildiğı ve sadece kamu hizmeti tanımlaması gibi sathi (yüzeysel) yorumlamaların ötesine geçerek, işin “kühüne vakıf” olduğunu düşündürecek biçimde bir yorumlamaya varabildiklerini göstermektedir. Yüksek Mahkemelerin bu yaklaşımı benimsemiş olmaları, kanımızca ülkemizin çıkarları ile de doğrudan örtüşmektedir.

Bu itibarla, idari sözleşme-kamusal alan-kamu hizmeti gibi konularda, kavramların zahirdeki/kabuktaki görünümüleriyle uğraşılmasının yanısıra, özellikle bu kavramların korumayı öngördüğü amaçların derin tahlillerine girilmesi, kavramların ruhuna temas eden bir vukufiyetle konuya eğililmesi ve tarihsel boyutlarına da ayrıca göz atılması, öğretideki temel bir eksiklik ve dolayısıyla önemli bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır.

Söyleyegeldiğimiz üzere, idari sözleşme (ve kamu hizmeti) sayılmanın arka planındaki aslı unsurun dikkate alınmaması, bu eksikliğin doğmasına neden olmaktadır denilebilir. Özetlersek, bize öyle geliyor ki, kamusal korunma gereksinimi, idari sözleşme olarak tanımlamanın arkasında yatan asıl itici güçtür. Bu husus, altyapı sektörlerinde kamu hizmeti kavramı üzerinden karşılanmış; ancak, bu kavramın uygulanamayacağı alanlarda kamu hizmeti ye-

<sup>99</sup> Örneğın, bkz. Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s. 45.

rine kamu kudreti (gücü) ölçütüne müracaat edilmiş, nihayet bunun da karşılayamadığı alanlarda ise “istisnai uygulamadır” yorumuyla konu bir tür “geçştirilmeye” çalışılmıştır yolundaki bir görüşe varmak mümkün görünüyor.

İdari sözleşme kuramında öngörülen mevcut ölçütlerin neden yetersiz olduğunu ve resmin arkasındaki asıl unsuru nasıl gözden kaçırdığına bir ilave örnek olarak, kamuya herhangi bir hizmet sunumunun bulunmadığı ve fakat içerdiği ayrıcalıklı hukuksal rejim itibarıyla kapitülasyonları anımsatan Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı Projesi’ne ilişkin sözleşmeler<sup>100</sup> zikredilebilir.<sup>101</sup> Bu sözleşmelerde herhangi bir kamu malının kullanılması da sözkonusu değildir. Dolayısıyla, maden sözleşmelerine de benzetilemez. Ne var ki, öğretilerde kullanılan ölçütlere itibar edilirse, bu sözleşmelere idari sözleşme gözüyle bakılabilmesi olanağı –hiçbir şekilde- kalmamaktadır. Bu örnek, kamusal savunma mekanizmalarının korunabilmesi bağlamında hukukumuzdaki düzenleme ve kuramsal değerlendirmelerin önemini, giderek idari sözleşme kuramında yer verilen ölçütlerin neden yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini açıkça ve çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır.

Yine, Onar, kamu borçlanmaları bağlamında idarenin kısa vadeli borçlanmalarının kural olarak özel hukuka bağlı olacağını savunurken, “asıl önemli olan”ın ise “konsolide borçlar” adını verdiği uzun vadeli borçlanmalar olduğunu zikretmektedir.<sup>102</sup> Burada dikkati çeken husus, Düyun-u Umumiye anlamındaki borçların uzun vadeli borçlar olduğuna değinmekle, Onar’ın –belki de gayri ihtiyari biçimde- asıl soruna parmak basıyor olmasıdır. Eserde yeterli açıklıkta zikredilmeyen bu husus, bize göre, kamusal anlamda bir güvenlik endişesinin kurgulanması ve idareye dilediğince uzun vadeli borçlar yaratarak ileriki kuşaklar üzerinde tahammülü güç mali yük oluşturmaması<sup>103</sup> yahut kamu maliyesinin hesapsızca borç tuzağına veya yüküne maruz bırakma-

<sup>100</sup>Bkz. Türkiye Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti ve Gürcistan arasında Petrolün Azerbaycan Cumhuriyeti, Gürcistan ve Türkiye Cumhuriyeti Ülkeleri Üzerinden, Bakü-Tiflis-Ceyhan Ana İhraç Boru Hattı Yoluyla Taşınmasına İlişkin Anlaşma, s. 26-1336 (10 Eylül, 2000 tarih ve 24166 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete’de yayımlanmıştır).

<sup>101</sup>Bahsekonu proje tahtında imzalanan sözleşmelerin hukuksal niteliği üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, op. cit..

<sup>102</sup>Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 1412, 1413.

<sup>103</sup>Kuşaklararası yükümlülük yaratılması bakımından kamusal alanda değerlendirilme sorununa ilişkin olarak, öğretilerde pek işlenmemiş bu konuyu yetkinlikle ve ufuk açıcı biçimde irdeleyen bir çalışma için bkz. Azrak, A. Ülkü; Kuşaklararası Adalet, içinde Mümtaz Soysal’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 2009, s. 179-199 (borçlanmaya ilişkin olarak s.191, 192).

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

ması, bu yöndeki tasarrufların da idari sözleşme kılınmak suretiyle bir dereceye kadar dengelenmesi anlamında algılanabilir.

Nihayet, son olarak bu bağlamda bir hususa daha değinmek istiyoruz. Bilindiği üzere, öğretide idari sözleşme ölçütleri olarak yer verilen başlıca öğelerden birisi, sözleşmenin bir tarafının idare, diğer tarafının da özel kişi olmasıdır. Bu yaklaşıma göre, her iki yanı da özel kişilerden oluşan bir sözleşme idari sözleşme olarak tanımlanamaz.<sup>104</sup> Ancak, özel kişilerin arasındaki kimi sözleşmelerin yeri geldiğinde kamusal bir yarara ilişkin özellikler taşıyabilmesi sözkonusu olduğu takdirde, bunların dahi idari sözleşme sayılacağı şeklinde ayrıksı örneklerin belirebileceği de hemen akabinde zikredilmelidir.<sup>105</sup>

Sözgelimi, iki özel kişi arasında kimi özellikli malların satın alınmasına yahut tedarikine ilişkin sözleşmelerin (savunma sanayiine ilişkin bir malın sağlanması gibi) idari sözleşme sayılabilmesi de görülmüştür.<sup>106</sup> Giderek, Fransız hukuku uygulamasında imtiyazcı özel girişimcinin diğer özel kişilerle imzaladığı –karayolu yapımındaki gibi iki özel kişi arasında gerçekleştirilen- sözleşmelerin, taraflardan birisinin idare adına hareket ettiği düşüncesine dayanılarak idari sözleşme sayıldığı görülüyor.<sup>107</sup>

İşte, bütün bu uygulamalarda, konunun temelinde kamu yararını ilgilendiren özellikler yer aldığı sürece, ister özel kişiler arasında yapılsın ister idare ile özel kişilerin taraf olduğu biçimde gerçekleştirilsin, tüm sözleşmelerde idari sözleşme sayılma gibi bir sonucun doğabilmesi mümkündür.

### **III. İdari Sözleşmelerin Ölçütlerine Farklı Bir Yaklaşım**

Bir önceki bölümde, idari sözleşmelerin ölçütleri bağlamında gerek öğretide ve gerek yargı kararlarında bugüne kadar benimsenmiş yaklaşıma değinilmiştir. Şimdi, idarenin özel girişimciyle arasında sözleşme ilişkisinin konusu oluşturan faaliyet alanında **tekel niteliğinin varlığına bağlı olarak** bir ayırma gidilip gidilemeyeceğini irdelemeye çalışalım. Böylece, bu meyanda ortaya çıkabilecek hususları sırasıyla ele almak suretiyle, idari sözleşmelerin ölçütü bağlamında rekabet ögesine dayanarak işlevsel bir sonuç alıp alınamayacağı hususuna değinmeyi öngörmekteyiz.

<sup>104</sup>Bkz. Waline, İdari Mukaveleler, op. cit., s. 569.

<sup>105</sup>Bkz. yukarıda 24 no.lu dipnot.

<sup>106</sup>Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 1599; keza, yukarıda 84 no.lu dipnot.

<sup>107</sup>Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 553.

## A) Tekel Biçiminde Yürütülen Faaliyetler

**1. Kamu tarafından yerine getirilen hizmetler bakımından:** Öncelikle belirlenmesi gereken husus, bu hizmetlerin bir tekel içerisinde yürütülüp yürütülmediği konusudur. Bu noktada ikili bir alt ayrıma gidilebilir:

**a) Doğal tekel alanları:** Genellikle altyapı sektörüne ilişkin bu faaliyet alanlarında, işin doğasından ileri gelen bir tekel olma keyfiyeti sözkonusudur; elektrik dağıtım hizmeti gibi. “Doğal tekel koşulları, tek bir firmanın bir grup mal veya hizmeti birden çok firmadan daha az ekonomik maliyetle üretip arz edebildiği durumlardır.”<sup>108</sup> Buralarda ikinci bir “hizmet sağlayıcı”nın olması, ekonomik anlamda sözkonusu değildir. Zira, bu durumda ek altyapının getirisi, maliyetinden azdır.<sup>109</sup> Sözgelimi, bir şehirde ikinci bir içme suyu şebekesi kurulması teknik olarak mümkündür ve fakat ekonomik olma kıstası itibarıyla düşünülemez. Hemen değinmek gerekirse, çimento üretimi gibi, üretilen yerin dışında satılması –nakliye masrafının yüksek olması nedeniyle- mümkün bulunmayan<sup>110</sup> sektörlerde de, bir nevi coğrafi tekel oluşabilmektedir.<sup>111</sup>

**b) Hukuksal tekel alanları:** Özel sektör eliyle **kalite** ve **fiyat** anlamında **gereği gibi** görülebilecek ve halkın gereksinimleri **tatmin edilebilecek** olmasına karşın, genellikle devlete gelir sağlama amacının güdüldüğü görülen –ve hatta kimi zaman eski dönemlerdeki tütün ürünleri tekeli örneğinde olduğu gibi “kamu sağlığı” gibi gerekçelere de dayandırılabilen<sup>112</sup>-, devlet tekeli

<sup>108</sup> Zenginobuz, Ünal / Oğur, Serhan; Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regülasyon, içinde Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atiyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000, s. 169.

<sup>109</sup> Bkz. TMMOB Özelleştirme ve Sonuçlarını Takip Çalışma Grubu, 20. Yılında Türkiye’de Özelleştirme Gerçeği, TMMOB Yayını, Ankara, 2005, s. 10.

<sup>110</sup> Anılan sektörün bu yapısı nedeniyle, ürün pazarındaki rekabet değerlendirmesinde dar bir coğrafi alan yaklaşımı benimsenmekte ve 200-300 km.lik uzaklıklar temel alınmaktadır (bkz. İnan, Nurkut / Piker, Mehmet B.; Rekabet Hukuku El Kitabı, BTHAE Yayını, Ankara, 2007, s. 17).

<sup>111</sup> Kendi bölgelerinde tekel kurmak suretiyle ülke genelinde paylaşımlı bir tekel oluşturmayı teminen farklı tüzel kişilikler eliyle yürütülen çimento sektöründe her bir şirketin, kendi fiyatlarını diğer bölgeye taşıma maliyeti katıldığında rakip firmanın fiyatının üzerine çıkacak şekilde ve uyumlu hareket içerisinde ayarlayabildikleri, uygulamada rastlanabilecek bir husustur (esasen buna yönelik değerlendirmelerin rekabet hukuku uzmanlarınca yapıldığını da –kendileriyle şifahi konuşmalarımıza dayanarak- aktarmak isteriz). Böylece, eylemsel olarak –her bir bölgedeki şirket tarafından yerel tekel oluşturmak suretiyle- ülke çapında bir tekel kurgusuna yol açabilmek de mümkündür ve ancak rekabetin korunmasına ilişkin olarak faaliyet gösteren Rekabet Kurumu’nun etkin denetim ve gözetimiyle önlenebilecektir.

<sup>112</sup> AYM’nin bir kararında, oyun kağıtları ticaretinin Kızılay tekeline bırakılması konusunun –kanımızca yanlış olarak- kamu sağlığıyla bağlantısı kurulmak suretiyle olumlandığı görül-

altında yürütülmesi kararlaştırılmış faaliyet alanları.

**2. Özel sektör eliyle görülen faaliyetler bakımından:** Bu faaliyetler de, yukarıda olduğu gibi, **doğal** veya **hukuksal tekel** olarak ikiye ayrılabilir:

**a) Doğal tekel alanları:** Faaliyet alanının doğasından kaynaklanan tekelci nitelik dolayısıyla tek –veya sınırlı sayıda- hizmet sunucusunun söz-konusu olabildiği alanlardır. “*Doğal tekelin tipik örneğini, çıktı miktarı art-tıkça uzun dönem ortalama maliyetin azaldığı bir mal veya hizmetin üretimi oluşturur.*”<sup>113</sup> Bunlara örnek olarak, idarenin özel sektör eliyle elektrik dağı-tım hizmetini özel sektörün görmesine yönelik bir sözleşme imzalaması, yahut kimi zaman ruhsat altında tekel niteliğindeki kimi faaliyetleri yerine getirmesine izin vermesi (örneğin elektrik dağıtımı için lisans vermesi), yahut cep telefonu işletmeciliğinde olduğu gibi birden fazla ancak sınırlı sayıda hizmet sağlayıcının ekonomik olarak var olabilmesi<sup>114</sup> (ki bu durumda tekelin “yavru-su” durumundaki oligopol piyasasından bahsedilir<sup>115</sup>) örneği verilebilir. Yukarıda bölgesel tekeller için verdiğimiz çimento üretimine yönelik ruhsat örne-ği de bu bağlamda zikredilmelidir. Buralarda –yine, yukarıda değinildiği üze-re- ilave hizmet sağlayıcılarının olması, ekonomik değildir; sözcülemi, ikinci bir şehir içme suyu şebekesinin bulunması yahut sınırsız sayıda cep telefo-nu işletmecisine izin verilmesi bu anlamda –yerine göre- olası veya olanak-lı değildir.

---

mektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre, “*Devlet tekeline bağlanmasının değişik nedenleri var-dır. Kimi maddelerin üretim, yapım ve satımının devlet tekeline bağlı kılınması devlet gelirini artırmak, gelirleri daha etkin kılmak yanında toplumun sağlığını koruma amacına da bağla-nabilir. Sağlığa zarar verecek maddelerin kullanımında ölçü ve denge arayışı, yapım ve sa-tımını tekele bağlamakla olanaklıdır*” (bkz. AYM’nin 27 Mart, 1986 tarih ve E. 1985/31, K. 1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

<sup>113</sup> Ardyok, Şahin; Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Lisansütü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2002, s. 43.

<sup>114</sup> Öğretideki bir görüşe göre, “... her ne kadar doğal tekel alanlarında tekelci yapı (veya az sa-yıda teşebbüs) üretim verimliliği açısından arzu edilebilirse de, bu durum, hiç bir sosyal ma-liyetinin olmadığı anlamına gelmez... Ekonomik verimlilik açısından tekelin arzu edilebilir olması, sadece piyasanın tek ya da az sayıda teşebbüsün faaliyetine imkan verecek şekilde oluşturulmasını gerektirmektedir. Yoksa bu teşebbüs veya teşebbüslerin tamamen serbest b-ırakılması gibi bir yaklaşım sözkonusu değildir... Bu gibi durumlarda, tekelin kötüye kullan-ma ve istismar edici davranışlarının kontrol altında tutulması en uygun yaklaşım olarak gö-rülmektedir. ABD’de uygulanan bu yöntem, gelişmekte olan piyasalarda da henüz tam an-lamıyla kullanılmamakla beraber, yavaş yavaş benimsenmektedir” (bkz. Sanlı, Kerem Cem; Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma, içinde Perşembe Konferansları No. 10, RK Ya-yını, Ankara, Ekim 2000, s. 86, 87).

<sup>115</sup> Oligopol pazarlar, sağlayıcı sayısının az, ürünlerin homojen olduğu pazarlardır (bkz. İnan / Piker, Rekabet Hukuku El Kitabı, op. cit., s. 33).

Diğer taraftan, doğal tekel alanlarında rekabet, “alan içi”nde olmasa dahi rakip alanlar bakımından geçerli bir etken olabilmektedir ve “*intermodal* rekabet” adıyla bilinir.<sup>116</sup> Bu türden bir rekabetin işlerliğine bağlı olarak, “alan içi”deki rekabet kısıtının olumsuz etkileri bertaraf edilmiş sayılabilecektir.

**b) Hukuksal tekel alanları:** Genellikle özel sektör lehine hukuksal – yahut varlığına izin verilen veya görmezden gelinen uygulamalar bakımından fiili (eylemsel)- tekel alanlarından bahsedilememek gerekir. Ancak, özellikle Cumhuriyet’in ilk yıllarında özel sektör elinde sermaye birikimin oluşmasına olanak tanımak amacıyla özel sektöre kimi tekel alanlarının ihdas edildiği gözlenmiştir. Dış ticaret rejiminin serbestleştirilmediği dönemlerde, dış alım izinlerinin ve dış alım yapılabilmesi için –kambiyo rejimi çerçevesinde elinde döviz bulundurması yasak olan özel kişiler bakımından- gereken döviz tahsislerinin idarece keyfe keder dağıtılmış olması, buna bir örnektir. Böylece, istenilen kişilere ithal izni ve döviz tahsisi verilerek ticareti belirli özel kişilerin yapabilmesi olanağı sağlanmakta, kazanç da –dolayısıyla- belirli yandaş ellerde biriktirilmiş olmaktadır.

Bir ikinci örnek de, dış alımların belirli mallarda kısıtlanması ve keza yurt içinde aynı malların üretimi için belirli kişilerden başkasına izin verilmesi –yerli sanayiciyi korumak ve “milli sanayi” yaratmak gerekçesiyle- uygulama alanı bulabilmiştir.<sup>117</sup> Uzun süre ülkemizde yabancı otomobillerin ithalatının yüksek dış alım vergileri uygulanmak suretiyle kısıtlanması ve ülkede sadece iki otomobil üreticisine izin verilmiş olması, bu bağlamdaki dikkat çekici bir hukuksal oligopol örneği şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Yine, bankacılık faaliyetinde bulunmak isteyenlere sınırlı sayıda ruhsat (izin) verilmesi de, hukuksal tekel bağlamında değerlendirilebilir. Bu faaliyet alanının idarece öngörülen yasal koşulları taşıyan her girişimciye açılması gerektiği ve niteliği gereği bir oligopol alanı teşkil etmemesi ileri sürülebilir. Ancak, uygulamada çoğu zaman hukuksal veya fiili bir oligopol alanının oluşturulduğu da dikkate alınmalıdır.

Geçmiş dönemlerin bu uygulamaları (bankacılık gibi kimi özellikli sektörler dışarıda bırakılırsa) ortadan kaldırılmışken, bu defa araç muayenesi hiz-

<sup>116</sup> Ardiyok, Şahin; Altyapı Hizmetlerinde Devletin Düzenleyici Rolü ([http://www.actecon.com/Ardiyok\\_Sahin\\_Altyapi%20hizmetlerinde%20devletin%20duzenleyici%20rolu.pdf](http://www.actecon.com/Ardiyok_Sahin_Altyapi%20hizmetlerinde%20devletin%20duzenleyici%20rolu.pdf)).

<sup>117</sup> Hatta, 1970’li yıllarda bir siyasal partimizin bilinen seçim sloganları arasında “milli sanayi hamlesi” tabirine yer verildiği anımsanacaktır.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

metlerinin ülke çapında tekel olarak tek bir özel tüzel kişiye verilmiş olması gibi, anayasal ekonomik hak ve özgürlüklere aykırılığı açık bulunan bir uygulamaya gidilmiştir.<sup>118</sup>

Ancak, yukarıda genel olarak değinilen hukuksal tekel konusunda kimi zaman olumlu bir nitelik de görülebilecektir. Yeniliklerin teşvik edilmesi düşüncesinden hareketle fikri ve sınai mülkiyet haklarının tekeli bir yasal düzenlemeyle belirli bir süre korunması, bu yönde “olumlu tekel” kavramı altında değerlendirilmektedir ve bu anlamda ayrıksı bir husus olarak gözönünde tutulmak gerekir.<sup>119</sup>

Bütün bu tekeli faaliyet alanlarında, hizmetin kamu tarafından veya özel sektör eliyle görülmesi, tekel niteliğine bağlı kılınan bir analiz bakımından temelinde herhangi bir farklılık yaratmaz. Doğal tekel niteliğinden ötürü halkın korunma gereksinimi, hem idareye hem de özel girişimciye karşı sözkonusudur. Bundan dolayıdır ki, eşitler arası ilişkileri düzenleyen adli yargı yerine, “genel kamu yararı”nı korumakla görevli idari yargının görev alanına girer; giderek, girmesi de gerekir.

Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin doğal tekel alanlarındaki faaliyetleri itibariyle su ve elektrik ön ödemeli sayaçlarında fahiş miktarda bedel talep etmesine karşı açılan davada idari yargının bu uygulamayı iptal yönünde verdiği karar<sup>120</sup>, genel kamunun çıkarlarını kollama yönündeki yargısal korunmanın idareye karşı da gerçekleşebildiği hususuna yönelik bir örnek olarak gösterilebilir. Burada, kamu tarafından yerine getirilen işlerde ortada zaten idarenin bir işlemi sözkonusu olmakla idari yargının devreye girmekte bulunduğu ve böylece gerekli korumanın sağlanacağı hususu savlanabilir.

Ne var ki, buradaki durum sözkonusu analizin “genel geçer” yaklaşımıyla açıklanamaz. Zira, bilinmektedir ki, idarenin hizmeti kendi eliyle yürüt-

<sup>118</sup> Anılan uygulama ve bunun hukuk düzenimiz açısından Anayasa’ya aykırılığı bağlamında kesin bir hukuksuzluk içermektedir. Bu itibarla, herhangi bir girişimcinin açabileceği bir dava yoluyla Anayasa’ya ve insan haklarına aykırılığı dikkate alınarak “Anayasaya Uyumlu Yorum (AYUM)” yaklaşımından (anılan terim ve özellikle idare hukuku bağlamındaki gerekliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Azrak, A. Ülkü; İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu, AYD, C. 9, 1992, s. 329, 332-339) hareketle behemahal iptaline gidilmesi gerekir. Sözü edilen uygulamaya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, AÜHF, C. 58, Sy. 2, 2008, s. 63-113.

<sup>119</sup> Bkz. Türkkan, Erdal; Zararlı ve Yararlı Tekeller, 12 Nisan, 2010 (www.rekabet.org.tr).

<sup>120</sup> Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı (bkz. ABD, Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007, s. 247-249).



tüğü durumlarda, hizmeti sunarken vatandaşla sözleşme ilişkisi içerisine girmesi sözkonusudur ve “abonman sözleşmeleri” adı verilen bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargıya bırakılmaktadır.<sup>121</sup> Bu anlamda, ister idarece yürütülsün ister özel sektör eliyle görülsün, yargısal korunma gereksinimi kendisini gösteriyor olacaktır (az önceki yargı kararıyla uyumlu olması bakımından şehir şebeke suyu işletmeciliğinden örnek verecek olursak, sözcüğümlü Antalya Belediyesi sınırları içerisinde şehir içme suyu 1996-2002 yılları arasında özel sektör eliyle sunulmuştur<sup>122</sup>).

Devletçe tekel altında yürütülen hizmet alanlarında, hizmetin kamu tarafından yürütülmesinde ne gibi bir kamusal çıkar veya yarar bulunduğu, yahut hangi kamusal menfaati koruyabilmek için bu yönde faaliyete girişildiği hususu ise, ayrıca ve ayrıntılı biçimde incelenmelidir. Bu durum, özel sektör eliyle yürütülen tekeli hizmetler bakımından da benzer bir analizi gerektirmektedir. Özellikle, devlet eliyle yürütülmekteyken özel girişime “özelleştirme” adı altında tekeli kısıtlarla devredilebilen elektrik dağıtım faaliyetleri gibi alanlardaki mutlak tekeli kısıtların, özel girişimcilere devir sonrasında hâlâ korunuyor bulunması, açıktır ki “rekabette artış” gereğine aykırı düşmektedir.<sup>123</sup>

Doğal veya coğrafi tekel alanlarında gerek **kalite** ve gerek **fiyat** anlamda **rekabetten** bahsedilememesi nedeniyle halka sunulan hizmetin **gereği gibi ifa edilememesi**, yani **tatmin edilememesi**, çok kolaylıkla sorunlu bir alan oluşturabilmektedir. Giderek, kamu tekelinde tutulan bir alanda mal veya hizmet üretiminde –kamu kuruluşu tek alıcı olmak ve halka doğrudan

<sup>121</sup>Bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 559. Ne var ki, abonman sözleşmelerinin koşullarının idarece tek taraflı düzenlenmesi itibarıyla, abonman sözleşmelerinin düzenlenmesi ile uygulanması aşamalarının ayrı değerlendirildiği ve ilkinin ilişkin uyuşmazlıkların idari yargıya bağlı kılındığı görülmektedir (bkz. Yayla, İdare Hukuku, op. cit., s. 165, 166, 375 no.lu dipnot içerisinde yer alan Danıştay kararı).

<sup>122</sup>Bkz. Gökdemir, Bülent; Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleştirme ve Rekabet, Lisanüstü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2008, s. 135-142. Anılan sözleşme çerçevesinde 1996 yılında 10 yıllık bir süreyle özel girişimciye devredilen şebeke suyu işletmeciliği, 2002 yılında sözleşmenin feshedilmesiyle olumsuz biçimde sonuçlanmış ve taraflar arasındaki uyuşmazlık tahkime götürülmüştür (bkz. İbid.). Aynı örnek uygulama hakkında ayrıca bkz. Şimşek, Bedia Sanem; Su Sektöründe Reform Hareketleri-Yeni Politika Arayışları ve Rekabet Olanakları, Uzmanlık Tezleri Serisi, RK Yayını, Ankara, 2007, s. 35, 36.

<sup>123</sup>Bu hususta çok yerinde belirlemeler içeren bir görüş için bkz. Karakelle, İsmail Hakkı; Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörleri Bağlamında Özelleştirme ve Rekabet, içinde Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atıyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000, s. 160-162.



## *İdari Sözleşmelerde Ölüçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

sunulması şeklinde bir özel sektör tekeline gidilmemek kaydıyla- özel girişime yer verilmesi örneğindeki gibi bir tekelci alan kurgusuna gidildiği durumlarda uzun dönemli sözleşmeler imzalanması gerekliliğiyle karşılaştırılması sözkonusu olabilmektedir.<sup>124</sup> Bu uzun süreli ilişki, kimi nitelikleriyle öne çıkıyor. Bunlar, hizmetin yine kamuya sunulması sırasında önceden öngörüle-meyen hususlar bağlamında belirebilecek uyuşmazlıkların bilahare idari yar-gı eliyle düzeltilmeye gereksinim doğması gibi, kamu hizmeti imtiyaz sözleş-melerine idare hukuku ilkelerinin uygulanmasını zorunlu kılan bir niteliği-ay-rıca- taşıyor durumdadır.

Dolayısıyla, belirtilen nitelikteki tüm bu alanlarda, halkı tekellere karşı korumak amacıyla idare tarafından müdahalelerde bulunması gerektiği<sup>125</sup> düşüncesinden hareketle, anılan faaliyetlerin kamusal alana alınması ve kamu hukuku ilkeleri bağlamında hukukumuzda cevaz verilen kısıtlara tâbi tutul-ması gerekeceği savlanabilecektir. Bir başka nokta ise, idarenin bizat kendisi-nin tekel konumunda hizmeti yürüttüğü durumlarda halkın bu kez idareye kar-şı nasıl korunacağına düğümliyor.

Öte yandan, bu noktada karşımıza özellikli bir sorun beliriyor: Tekel-ci (burada oligopol de dahil olmak üzere, tam rekabetçi olmayan tüm alanları kastediyoruz) bir alanda idare ile özel girişimci arasında herhangi bir sözleş-me ilişkisi bulunmayabilmektedir.

Kuşkusuz, elektrik enerjisi sektöründe 4628 sayılı Kanun kapsamında özel girişimcilerce ruhsat alınarak elektrik üretimi veya dağıtım faaliyetinde bulunulması yönündeki düzenleme öncesinde olduğu gibi, elektrik üretiminin bu alanda genel anlamda faaliyet tekeli bulunduran kamu kuruluşuna satıl-ması zorunluluğunun sözleşmeyle getirilmesi, yahut elektrik dağıtım-cısı özel girişimcinin yine kamu kuruluşundan elektrik alması yönünde sözleşme iliş-kisinin varlığı durumunda, keyfiyetin farklılaştığı savlanabilir. Bu durumda, anılan sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi nedeniyle doğabi-lecek herhangi bir sorundan bahsedilmeyebilir.

Ne var ki, asıl sorun, ruhsat altında ve idareyle herhangi bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı durumlarda ortaya çıkıyor. Sözgelimi, sadece iki adet

<sup>124</sup> Zenginobuz / Oğur, Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regü-lasyon, op. cit., s. 196, 236, 237.

<sup>125</sup> Bkz. Emek, Uğur, Devlet'in Kapasitesi ve İktisadi Kalkınma Sürecindeki İşlevi, içinde Ba-ğimsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 2002, 56.

otomobil fabrikasına izin (ruhsat) verilmesi örneğinde<sup>126</sup> idare ile özel girişimciler arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak, burada kurgulanan “hukuksal tekel” yapısı, kamusal korunma gereksinimini gündeme getirmeye elverişlidir.

Yine, yukarıda değindiğimiz üzere 4628 sayılı Yasa sonrasında idarenin özel girişimcilere ruhsat yoluyla elektrik enerjisi sektöründe faaliyette bulunma izni vermesi, özellikle dağıtım sektörü bakımından doğal tekel niteliği nedeniyle rekabetin ortada bulunmaması karşısında, bu alanda kamusal korunma mekanizmalarının ne şekilde kurgulanabileceğine ilişkin soru işaretleri doğurmaktadır. Nitekim, öğretilerde tam aksi yönden bakışla özel girişimcilerin korunmasının bu sektörde ruhsat altındaki faaliyet yöntemiyle gerçekleşmeyeceği, ruhsat yerine bu alanda sözleşme ilişkisinin yer alması gerektiği dile getirilmektedir. Buna göre, sözgelimi tekelci nitelik içeren elektrik dağıtım sektöründe ruhsatla faaliyet gösterilmesi durumunda, idarenin ruhsatla ilişkili işlemleri tahkime götürülemeyeceği için, tahkime gidilebilecek olan sözleşme yöntemine geçiş yapılmak gerekir. Böylece, faaliyetin gerektirdiği kamu hizmeti yükümlülükleri de güvence altına alınabilecektir.<sup>127</sup>

Burada serdedilen her iki gerekçe de yanlıştır. Ruhsat işlemlerinin tahkime götürülemeyeceği iddia edildiğinde, ikili uluslararası yatırım koruma anlaşmaları kapsamında bu türden idari işlemler aleyhine yatırım tahkimine gidilebildiğini hususunun bilinmediği anlaşılır ve bu yaklaşım gerçeği kavrayamamakla malul olur. Ruhsat altındaki faaliyetlerde özel girişimcilere yükümlülük getirilemeyeceği iddiası da aynı oranda yanlıştır.

Sonuç olarak, ruhsata dayanılarak gerçekleştirilen tekel niteliğindeki faaliyetlerde ortada bir sözleşme bulunmadığına göre, bu yapı ne şekilde idare hukuku ilkelerine bağlı kılınacaktır? Kanımızca bu durumda –idari sözleşmenin tam<sup>128</sup> ve tipik<sup>129</sup> bir örneği olarak zikredilen- “imtiyaz” kavramına (imtiyaz kavramını “sözleşme” zorunluluğundan ayırıştırmak ve aradaki bağlantıyı

<sup>126</sup>Anılan uygulama hakkında bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 41, 310.

<sup>127</sup>Bkz. Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, 2005, s. 87, 88.

<sup>128</sup>Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 536; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 334; keza, Çimen, Yılmaz; Danıştay’ın Danışma İşlevi, Danıştay 2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr).

<sup>129</sup>Bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurulu’nun 11 Aralık, 1970 tarih ve E. 1968/41, K. 1970/648 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 3, 1971, s. 150.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

koparmak suretiyle) müracaat etmek zorunluluğu doğmaktadır. Bu ise, imtiyazın ruhsat ilişkisini de kapsayan biçimde ele alınması gibi, öğretilerde bugüne kadar tartışılmamış bir yeni kavrayışı gündeme getirmektedir.

Çalışmamızın konusu idari sözleşmelerin ölçütleri olmakla, bu konunun ayrıntılarına burada girmeyeceğiz. Ne var ki, bu noktada olası bir soru gündeme gelebilecektir: Burada sözleşme ilişkisi olmasa dahi, ruhsat altında özel sektör etkinlik gösterebilmektedir. O halde, neden buradaki ruhsata dayanarak idari yargıda bir denetim düşünülmemelidir? Bu soruya olası bir yanıt ise, şöyle kurgulanabilir: Ruhsat altında görülen bu faaliyette de idarenin tek yanlı bir işlemle ruhsat koşullarını düzeltereği ve dolayısıyla burada bu anlamda bir sorundan bahsedilemeyeceği, ilk bakışta akla gelebilecek savlar arasındadır.

Ne var ki, imtiyaz kurgusunu ruhsat kavramını da içeren bir şekilde ele alma zorunluluğu, imtiyazda yargısal ön denetim uygulanması bağlamında öne çıkıyor kanısındayız. Zira, idarece bir kez ruhsat verildikten sonra yeni bir idari işlemle düzeltmeye (veya iptaline) gidilmesi ve bunun da uluslararası tahkime götürülmesi olasıdır<sup>130</sup>, pratik anlamda sonraki idari işlemin uygulanabilirliğini kısıtlayıcı bir keyfiyet yaratmaktadır.<sup>131</sup> Bu durum, henüz idare hukuku teorisinde tartışılmaya –nedense- değer bulunmadığı görülen ve fakat çok önemli olduğu açık bir irdeleme alanıdır kanısındayız.

### **B. Tekel Olmaksızın Yürütülen Faaliyetler**

Doğal veya hukuksal anlamda bir tekel içermeyen faaliyet alanlarında verilen hizmetlerin durumu, daha farklı bir “**kamusal yarar**” veya “**kamusal korunmaya gereksinim alanı**” irdelemesini gündeme getirmektedir.

Sağlık ve eğitim gibi kimi “özellikli” faaliyet alanları bakımından ele alındığında, belirtilen türden hizmetlerin genellikle kamu tarafından yürütüldüğü, bununla birlikte kamu tekelinde da bulunmadığı ve özel girişimcilerin bu alanlarda faaliyet göstermelerine izin verildiği görülmektedir.<sup>132</sup> Şehir içi otobüs taşımacılığı, yine bir başka örnek olarak verilebilir. Tüm bu alanlar-

<sup>130</sup> Aynı yönde –idare hukuku teorisinde az rastlanan bir isabetli değiniyle- bkz. Yaşar, Nuri; Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği, İHİD, Y. 13, Sy. 1-3, 2003, s. 450.

<sup>131</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, s. 267.

<sup>132</sup> Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 29.

da, idarenin faaliyeti aslî sorumlusu sıfatıyla bizzat yürüttüğü; ancak, idarenin belirttiği koşullar altında ruhsat verilerek özel girişimcilerin aynı alanda yer almasına da ayrıca olanak tanındığı görülmektedir.<sup>133</sup>

Belirtilen faaliyet alanlarında bunların hepsini kapsayan bir ortak nitelik bulunduğunu savlamak zor olabilir. Sağlık veya eğitim alanındaki hizmetler ile, sözgelimi, şehir içi otobüs işletmeciliği bu anlamda farklı özellikler içerebilmektedir. Burada da temel yaklaşım, anılan faaliyet alanlarında kamuya hizmetin “gereği gibi” verilip verilememesinde yatmaktadır. **Yeterli rekabet olanağının doğası gereği bulunduğu (yahut idarece engellenmediği) ve bu rekabetin işlerliğinin eylemsel olarak da sağlandığı durumlarda, “gereği gibi” bir hizmet sunumunun varlığından ve toplumsal gereksinimlerin “tatmin ediliyor”<sup>134</sup> olmasından sözedilebilir.**

Bu uygulamaların sözkonusu edilebildiği durumlarda ise, idarenin kamusal alana aktararak kamu hukuku ilkelerine göre müdahalede bulunmasına gereksinim kalmamış olacağı savlanabilecektir.<sup>135</sup> Öğretiden bir görüşte de bu durumun teyid edildiği savlanabilir. Buna göre, “... *bir faaliyetin devlet faaliyetleri arasına alınabilmesi için mutlaka kamu yararı amacı güdülmesi şart*(tır).”<sup>136</sup>

Şu halde, burada bir ayrıma gidebilmek üzere gereksinim duyulacak olan ölçütü “**yeterli rekabetin varlığı**” şeklinde kurgulamak mümkündür. Yeter ki, bu rekabet **filen işler durumda** olabilsin; tıpkı tamamen özel hukuk tahtında rekabete dayalı biçimde yürütülmekte bulunan pek çok sayı ve türdeki diğer hizmet alanları gibi.

Bu meyanda belirtmek gerekirse, sözgelimi ayakkabı üretimi dahi yeri geldiğinde bir kamu hizmeti niteliğinde ortaya çıkabilir. Örneğin, Cumhuriyet’in ilk yıllarında yeterli özel sermaye ve –kanımızca, daha ziyade- girişimci yoksunluğu nedeniyle, bir kamu kuruluşu olan Sümerbank tara-

<sup>133</sup>Gözübüyük / Tan; İdare Hukuku, op. cit., s. 675, 676.

<sup>134</sup>Tatmin edilme kavramı ve buna dayalı analiz bakımından bkz. Özay, İl Han; Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 295.

<sup>135</sup>Kamusal alana alınma gereksiniminin doğması ile kamuya hizmet sunulan faaliyet alanlarındaki “tatmin edilme” kavramı arasındaki ilişki için bkz. Çal, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, op. cit., s. 1838-1858.

<sup>136</sup>Bilgen, Pertev; Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, Sy. 5, 1995, s. 14.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

findan ayakkabı üretimine girilmiş olması anımsanacaktır.<sup>137</sup> Bununla birlikte, hemen yukarıda değinildiği üzere, bu türden hizmetlerin özel girişimciler tarafından –rekabet sayesinde- gereği gibi halka sunulabildiği oranda, devletçe kamusal alana alınmaya veya yargı eliyle gerçekleştirilen yorum aracılığıyla kamu hizmeti –ve dolayısıyla kamu hukuku- alanına aktarılmaya gerek kalmadığı savlanabilir (bu sav itibarıyla, rekabetçi alanlar bakımından da kamusal korunmanın sözkonusu olabileceği yönündeki bir ayrıkısı duruma yukarıda Bölüm II(C)’de değinilmektedir).<sup>138</sup>

Dolayısıyla, halkın çıkarlarının gözetilmesine yönelik bir korunma gereksinimi bulunmadığı ölçüde, kamusal alana aktarmanın ne için gerekeceği sorgulanmak durumunda kalacaktır. Böylesi bir gereksinimin bulunmamasına rağmen idare veya yargı kararlarıyla kamusal alana aktarma yorumuna/uygulamasına gidilmesi ise, Anayasal girişim özgürlüğünün veya mülkiyet haklarının ihlali anlamına gelebilecektir; kuşkusuz, müdahalenin şekline, kapsamına ve içeriğine göre belirlenmek kaydıyla.<sup>139</sup>

### **Sonuç ve Öneri**

Çalışmamız içerisinde değinildiği üzere, idarenin sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu durumlarda ne zaman idari sözleşme niteliğinin ortaya çıkmış sayılacağı konusundaki belirsizlik süregitmektedir. Bu konuda rekabet ve tekel kavramlarına bağlı bir yaklaşımın belli ölçüde de olsa bir rahatlık getirebileceği ve konuya berraklık sağlayacağı savlanabilir. Çalışmada yer verilen irdelemelerden hareketle varılabilecek sonuçları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

1. Öncelikle, rekabet altında görülebilecek faaliyetleri ele almak gerekir. Bu alanlarda, idarece ruhsat verilmek suretiyle hizmetin kamuya tatmin edici biçimde sunulması olanağı tanınır. Faaliyetin risk derecesine göre, kamusal sağlık ve sair endişelerle koşullar (şartname) öngörülebilir. Bunların denetimi de yine aynı genel kural ve koşullar meyanında idarece kolluk faaliyeti olarak yerine getirilir.

<sup>137</sup>Bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 304.

<sup>138</sup>Bkz. İbid., s. 131-133, 296, 303, 304.

<sup>139</sup>Aynı yönde sözelimi bkz. Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 654; Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 218, 220, 479, 562, 593, 594; Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 267; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 53, 62-65; Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 29, 30.

2. Rekabetin doğası gereği sözkonusu olamadığı tekel-oligopol yapılarında ise, idare, hizmetin gerektiği gibi sunulmasını teminen öngördüğü koşulları belirleyerek, uziletişim (telekomünikasyon) veya cep telefonu işletmeciliği gibi sektörlerde, ruhsat vermek suretiyle hizmetin yürütülmesini gerçekleştirebilir. İdare, denetimi yine kolluk faaliyeti şeklinde yerine getirecek, fiyatlar üzerinde ise –aynen ekmek üretiminde olduğu gibi- narh veya tarifeyi onaylayarak kolluk faaliyetinin bu alanlardaki gereklerini yerine getirmiş olacaktır.

3. İdare, bu teknelci faaliyet alanlarında özel kişilerle sözleşme ilişkisi içine girmesi de sözkonusu olabilir. Bu durumda ise, sözleşme Danıştay ön incelemeinden geçirilir. Zira, ruhsatın aksine, idare özel kişiyle burada bir sözleşme ilişkisi içine girmektedir. Dolayısıyla, sonradan idari yargıda dava yoluyla yapılacak bir denetim, tazmin zorunluluğu doğurabileceğinden, toplumun güvence altında kalmasını temin etmeye yeterli olmayabilir.

Öte yandan, ruhsat üzerinden kurgulanan durumlarda da idari yargı tarafından bir öndenimin gerekliliği –uluslararası ikili yatırım koruma anlaşmaları üzerinden uluslararası tahkime gidilebilmesi olanağı sağlanmış olmakla- ayrıca değerlendirilmesi gerekli bir özellik olarak karşımıza çıkıyor. Bu yönde idare hukuku teorisinde neredeyse hiçbir değiniye rastlanmıyor olması üzücüdür ve bu eksikliğin yakın zamanda giderilmesi umulur.

4. İdarenin, rekabet içerisinde görülebilecek bir faaliyeti, ruhsat kısıtlarına giderek sınırlı biçimde vermesi: Bu durumda, idarenin diğer ruhsat başvurularına red yanıtı karşısında idari yargıda dava açılması suretiyle buradaki sorun çözümlenebilir. Şayet bu bir yasaya dayanıyorsa, bu yasa girişim özgürlüğüne engel olmak bakımından dava yoluyla AYM tarafından iptal edilmek gerekir. Örneğin, araç muayene hizmeti uygulaması örneğinin bu babda öncelikle ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Aynı durum, rekabet altında görülemeyen oligopol piyasalarında da tekele gidilmesi halinde geçerlidir. Nitekim, ülkemiz uygulamasına bakıldığında, üç veya beş cep telefonu işletmecisinin faaliyet gösterebileceği bir piyasa genişliği bulunmasına karşın, 1990'lı yıllardan itibaren uzunca bir süreyle sadece iki cep telefonu işletmecisine izin verilmiş bulunduğu ve yeni başvurulara zeminin uygulamada kapatılmış olduğu anımsanacaktır.<sup>140</sup>

<sup>140</sup> Anılan uygulama hakkında bilgi için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 81, 144.

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

Tekel veya oligopol piyasalarında, ruhsat veya sözleşme yoluyla hizmetin görülmesi yöntemlerine gidilirken, pazara giriş için rekabetin yapılması, ayrıcalıklı muamele anlamına gelir ve bu ayrıcalıklar, “imtiyaz” yaratır. Bunlardan sözleşme yoluyla görülmede, rekabetsizlik daha vahimdir. Zira, sözleşmenin imzalanmasından sonraki dönemde iptal edilmesi, -özellikle uluslararası tahkim üzerinden- tazminat anlamında sıkıntılar doğurabilecektir. Bu sözleşmelerin rekabetçi bir ihaleye çıkılarak yapılması için yasal düzenlemeler mutlaka gerçekleştirilmeli, düzenleme yoksa idari yargı tarafından –yahut ihalesiz yapmaya yasa cevaz veriyorsa ilgili yasa AYM tarafından- kamu yararı yokluğu gerekçesiyle iptal edilmelidir. Sözleşme yapılmadan önce tekel içeren sözleşmeye taraf olacak özel kişiyi belirlemede rekabetsizlik de, yine, imtiyazlı durum yaratmak anlamına gelecektir ve idari yargıda ön denetim zorunluluğunu gündeme getirmelidir.

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda, idarenin sözleşmelerinde ne zaman idari sözleşme niteliğinin belirlediğine yönelik belirlemenin şimdiye kadar öğretide yer verilen –ve daha önce vurgulandığı üzere, eksikliği bizzat öğretide de ikrar olunan- “kamu hizmeti” veya “kamu kudreti” gibi ölçütlerine seçimlik veya ek niteliğinde, kamusal alana alınma gereksiniminin daha başka bir perspektiften hareketle rekabet kurgusuna dayandırılabilmesi yaklaşımına itibar edilebilir. Bu yeni bakış açısı, kanımızca idari sözleşme kavramının ele alınmasında etkinlik kazandırabilecek olası bir “ölçü kavram” olarak irdelenmeye değer bir sav olabilir.

Giderek, rekabet kavramının da yetersiz kalabileceği kimi durumların idari sözleşme değerlendirmesine gereksinim duyurabileceği hususu ayrıca düşünülme gerekir. Bu noktada ise, konu zorunlu olarak “kamusal korunma gereksinimi” gibi görece belirsiz bir üst kavramın daha olası ölçütler dizisi içerisinde boy göstermesine yol açabilecektir.

Bu son kavramın, belirsizlik içermesi nedeniyle eleştiri konusu edilen “kamu yararı” kavramına geçiş anlamına geleceği ise olası bir diğer eleştiri konusunu oluşturabilecektir. Ancak, tek bir ölçütün idari sözleşme nitelen-dirmesine götürebilmesi, kuşkusuz öğretideki –çalışma boyunca yer verdiği-miz- tartışmalardan da görüleceği üzere olanaksız veya işlerliği kuşkulu bir yargı meyanında değerlendirilmelidir.<sup>141</sup> Esasen, doğrusu da budur.

<sup>141</sup>Nitekim, kamu hizmetiyle başlayan ölçüt belirleme süreci, zaman içerisinde bu ölçütün tek başına yetersizliğinin ortaya çıkması sonucunda diğer ölçütlerin eklenmesine yol açmıştır ve bu süreç toplumdaki gereksinimler değiştiği ölçüde evrim yolculuğuna devam edecektir. Bu

Dolayısıyla, ister istemez, bu alanda tek bir ölçütün kendi başına her durumda doğruya götüren bir anahtar işlevi göremeyeceği ve yerine göre birden fazla ölçüte dayanılması zorunluluğu bulunduğu söylenebilir.<sup>142</sup> İşte, bu anlayıştan hareketle, çalışmamızda yer verdiğimiz rekabet odaklı yaklaşımın, böylece daha doğru çözümlere ulaşabilmeye yönelik ek kavrayışları gündeme getirebilmiş olması ümit edilir.

### **Kaynakça**

#### **Kitap ve Makaleler:**

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil; Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Altaş, Hüseyin; Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması, AÜHFİD, C. 49, Sy. 1-4, 2000.

Ardıyok, Şahin; Altyapı Hizmetlerinde Devletin Düzenleyici Rolü ([http://www.actecon.com/Ardiyok\\_Sahin\\_Altyapi%20hizmetlerinde%20devletin%20duzenleyici%20rolu.pdf](http://www.actecon.com/Ardiyok_Sahin_Altyapi%20hizmetlerinde%20devletin%20duzenleyici%20rolu.pdf)).

Ardıyok, Şahin; Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Lisansütü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2002.

Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Ayaydın, Cem; 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998 ([www.yok.gov.tr](http://www.yok.gov.tr)) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

---

meyanda, örneğin “süre” ögesinin zaman içerisinde aranmaz hale geldiği söylenebilir (bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 430). Kaldı ki, sözgelimi kamuya sunulmayan bir hizmet söz konusu olduğunda kamu hizmetinin yürütülmesine katılma gibi bir ölçütün aranması anlamsız hale gelebilmektedir (aynı yönde bkz. İbid., s. 429). Öğretiden bir görüşe göre bu durum, idari sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri temelinde kurulmuş olmasından kaynaklanmaktadır (bkz. Tekinsoy, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, op. cit., s. 181, 225).

<sup>142</sup>Aynı yönde bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 1601.



## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

- Ayaydın, Cem; İdare Hukuku'na Giriş, C. II, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008.
- Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003.
- Azrak, A. Ülkü; İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992.
- Azrak, A. Ülkü; Kuşaklararası Adalet, *içinde* Mümtaz Soysal'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 2009.
- Azrak, Ülkü; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, 16 Temmuz, 1999, TBB Yayını.
- Balta, Tahsin Bekir; İdare Hukuku – I, Genel Konular, Ankara, 1970.
- Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Y. 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84.
- Bilgen, Pertev; Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi, İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan), Y. 13, Sy. 1-3, 2003.
- Bilgen, Pertev; Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, Sy. 5, 1995.
- Bilgen, Pertev; Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970.
- Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, AÜHFD, C. 58, Sy. 2, 2008.
- Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008.
- Çal, Sedat; Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sy. 63-64, Kasım-Aralık 2009.
- Çal, Sedat; Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, *içinde* Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Çal, Sedat; Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), Sy. 11(1-2), 2009.
- Çal, Sedat; Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008.

**Sedat ÇAL**

- Çimen, Yılmaz; Danıştay'ın Danışma İşlevi, Danıştay 2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr).
- Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHF Yayını, Ankara, 1959.
- Duguit, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954.
- Duran, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Emek, Uğur, Devletin Kapasitesi ve İktisadi Kalkınma Sürecindeki İşlevi, *içinde* Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 2002.
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- Gökdemir, Bülent; Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleştirme ve Rekabet, Lisanüstü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2008.
- Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007.
- Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Y. 9, Sy. 1-3, 1988.
- Gülan, Aydın; Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008.
- Günday, Metin; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Günday, Metin; İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, AYD, C. 14, 1997.
- Günday, Metin; Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, *içinde* Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.

*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

- İnan, Nurkut / Piker, Mehmet B.; Rekabet Hukuku El Kitabı, BTHAE Yayını, Ankara, 2007.
- Kalabalık, Halil; İdare Hukuku Dersleri, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- Kanlıgöz, Cihan; Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri, AÜSBFD (Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan), C. 52, Sy. 1-4, 1997.
- Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Karakelle, İsmail Hakkı; Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörleri Bağlamında Özelleştirme ve Rekabet, *içinde* Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atiyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000.
- Kızıl (Erkelli), Neşe; Kamulaştırma Fenomeni, İHİD, Y. 9, Sy. 1-3, 1998.
- Kutlu, Meltem; İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Yayını, İzmir, 1997.
- Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumî Esasları, (3 cilt), 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Özay, İl Han; Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özay, İl Han; Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour", İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998.
- Sanlı, Kerem Cem; Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma, *içinde* Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000.
- Sezer, Yasin, İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi, AÜEHFD, C. VIII, Sy. 1-2, 2004.
- Şimşek, Bedia Sanem; Su Sektöründe Reform Hareketleri-Yeni Politika Arayışları ve Rekabet Olanakları, Uzmanlık Tezleri Serisi, RK Yayını, Ankara, 2007.
- Tekinsoy, Ayhan; İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD, C. 55, Sy. 2, 2006.
- Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- TMMOB Özelleştirme ve Sonuçlarını Takip Çalışma Grubu, 20. Yılında

- Türkiye’de Özelleştirme Gerçeği, TMMOB Yayını, Ankara, 2005.
- Türkkan, Erdal; Zararlı ve Yararlı Tekeller, 12 Nisan, 2010 (www.rekabet.org.tr).
- Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, 2005.
- Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004.
- Waline, Marcel; İdari Mukaveleler, (Çev. Hâmede Uzbark), AÜHF, C. 1, Sy. 4, 1944.
- Yaşar, Nuri; Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği, İHİD, Y. 13, Sy. 1-3, 2003.
- Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 ([http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27\\_08Haz05.pdf](http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf)).
- Yılmaz, Dilşat; Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri, GÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 2008.
- Zenginobuz, Ünal / Oğur, Serhan; Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regülasyon, *içinde* Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atiyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000.

### **Yargı Kararları:**

Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı (ABD, Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007).

AYM’nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

AYM’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1995/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

AYM’nin 22 Aralık, 1988 tarih ve E. 1988/5, K. 1988/55 sayılı kararı.

AYM’nin 27 Mart, 1986 tarih ve E. 1985/31, K. 1986/11 sayılı kararı (9

## *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*

Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

Danıştay İDDGK’nın 25 Ekim, 1990 tarih ve E. 1990/90, K. 1990/73 sayılı kararı.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu’nun 11 Aralık, 1970 tarih ve E. 1968/41, K. 1970/648 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sy. 3, 1971).

### ***Kısaltmalar***

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYUM	: Anayasaya Uyumlu Yorum
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı
Bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	: Esas
ELDER	: Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İbid	: Aynı yerde
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

*Sedat ÇAL*

İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
M.	: madde
MFN	: Most Favoured Nation (en çok gözetilen ülke)
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
NT	: National Treatment (ayrımcı olmayan uygulama)
Op. cit.	: Aynı kaynak
RG	: Resmî Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
Sy.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TESEV	: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
TMMOB	: Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TÜSİAD	: Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği
Vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

# BİLİŞİM ALANINDA SUÇLAR (TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA)

Ali İhsan ERDAĞ\*

## Özet

*Bilişim alanında suçlar da aynen bilişim alanının kendisi gibi sürekli ve hızlı bir şekilde değişmektedir. Türk ceza hukukunda bilişim alanında suçlar TCK'nın 243-246. maddelerinde düzenlenmiştir. Çalışma üç bölüme ayrılmıştır: Önce genel olarak bilişim, bilişim sistemi ve bu alanla ilgili önemli kavramlar üzerinde durulacaktır. Sonra ise bilişim alanında ve bilişim sistemine karşı suçlar (m. 243, 244) incelenecektir. Nihayet en sonunda da banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (m. 245) irdelenecektir. Her bölümle ilgili olarak da Alman Ceza Kanunu-StGB'nin ilgili düzenlemelerine bakılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Bilişim alanında suçlar; banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, Türk Ceza Kanunu (TCK), Alman Ceza Kanunu (StGB).*

## CRIMES IN THE FIELD OF INFORMATICS (ACCORDING TO TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LAW)

### Abstract

*Information in the same crimes, such as information technology is a constantly and rapidly changing field. Turkish criminal law in the field of information technology crimes of the Turkish Penal Code, art. 243-246 regulated. The study is divided into three parts: First, in general, informatics and information system will focus on the important concepts related to this field. Then, in the field of informatics and information systems, crimes against art. 243, 244 will be examined. Finally, the crime of abuse of the bank or credit card (art. 245) will be examined. The regulations in each chapter will be examined and compared to the German Penal Code (StGB).*

**Key Words:** *Crimes in the field of informatics, The crime of abuse of the bank or credit card, Turkish Penal Code (TCK), German Penal Code (StGB).*

---

\* Yrd. Doç. Dr., Kırkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. Genel olarak

Bilişim hukuku ya da bilişim suçları denildiğinde internetle birlikte bilişim sistemleri teknolojisi ve kullanımının günümüzde ulaşılmış olduğu boyut itibarıyla ilk bakışta kuşkusuz çok geniş bir alan akla gelmektedir.

Ancak bu çalışmayla sadece 5237 sayılı yeni<sup>1</sup> Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda "**bilişim alanında suçlar**"<sup>2</sup> başlığı altında yaptırım altına alınmış bulunan "*bilişim sistemine girme*" (m. 243), "*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme*" (m. 244) ve "*banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması*" (m. 245) suçlarıyla<sup>3</sup>, yine sadece bunların Alman Ceza Kanunu/Strafgesetzbuch (StGB)<sup>4</sup>'ndaki düzenleniş şekilleri<sup>5</sup> incelenecektir.

Bilişim alanında suçlar, 3756 sayılı Kanun'la TCK 1989 Tasarısı'ndan küçük değişiklikler yapılarak alınmış ve 765 sayılı (mülga) TCK'nın<sup>6</sup> 525a-525d maddelerinde ülkemiz bakımından ilk defa 1991 yılında düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Aradan geçen süre içinde bu hususlarda bizim hukukumuz da da-

<sup>1</sup> Bilindiği gibi, 12.10.2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlan (RG 25611) 5237 sayılı TCK, yürürlüğünü düzenleyen 344. maddesi hükmü gereği yayımı tarihinde yürürlüğe giren "imar kirliliğine neden olma" başlıklı 184. maddesi ile yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yürürlüğe giren "çevrenin kasten kirlenmesi" başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ve "çevrenin taksirle kirlenmesi" başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası dışındaki diğer hükümleri itibarıyla 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> İkinci Kitap, Özel Hükümler, Üçüncü Kısım, Topluma Karşı Suçlar, Onuncu Bölüm: Bilişim Alanında Suçlar (m. 243 - 246).

<sup>3</sup> İnceleme konumuza dahil bulunmamakla birlikte sadece konu bütünlüğü açısından da olsa belirtmek gerekir ki anılan kısımda bir de "tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması"na ilişkin 246. madde hükmü bulunmaktadır. Ancak, tüzel kişilere özgü olan bu yaptırımın (m. 60) kendilerine uygulanabilmesi için bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle lehlerine haksız bir yararın sağlanmış olması gerekmektedir.

<sup>4</sup> Bu çalışmada Alman Ceza Kanunu (bundan böyle: Alm.CK)'nun son olarak 2 Ekim 2009 tarihli Kanun'un üçüncü maddesi hükmüyle değiştirilmiş bulunan 13 Kasım 1998 tarihli en yeni metninin esas alınacağını belirtmekte yarar vardır (Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (Bundesgesetzblatt, Teil I/BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 2. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3214) geändert worden ist).

<sup>5</sup> 152a, 152b, 202a, 202b, 202c, 263a, 266b, 268, 269, 270, 274, 303a, 303b hükümleri gibi.

<sup>6</sup> 765 sayılı mülga TCK, çalışmamızda bundan böyle 765 s. TCK olarak anılacaktır. Herhangi bir nitelendirme olmaksızın anılan TCK, 5237 sayılı yeni TCK'dır. Aynı şekilde kanun ismi belirtilmeksizin verilen kanun maddesi numaraları da yeni TCK'ya aittir.

<sup>7</sup> 765 s. TCK'nın Onbirinci Babındaki, "Bilişim Alanında Suçlar"la ilişkin bu düzenlemelerin büyük ölçüde Fransa'da 5 Ocak 1988 tarihinde çıkarılan ve Godfrain yasası olarak da anılan Bilişim Sahtekarlığına İlişkin Kanun'daki düzenlemelerin etkilendiği hususunda bkz. Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2010, s. 607; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel



hil batı hukukunda görülen değişikliklere bağlı duraksamalar gerekçesiyle adı geçen suçlar TCK'nın 243 ila 246. maddelerinde **bütünüyle yeniden** ele alınmıştır. Benzer yönler, suçlar açıklanırken gösterilmeye çalışılacaktır.

### A. Bilişimle ilgili temel kavramlar

**Bilişim** ve konuyla ilgili **bilişim sistemi**, **bilgisayar** gibi temel kavramlar yasal olarak tanımlanmış değildir.

Başta kuşkusuz batılı ülkeler olmak üzere, dünyada belgeleme tekniğinin gelişmesi ve ayrı bir disiplin olarak kabul görmesiyle ortaya çıkan **bi-lişim** kavramı<sup>8</sup>, *insanların teknik, ekonomik, mali, sosyal, kültürel, hukuksal veya toplumsal yaşamın benzeri birçok alanında sahip oldukları verilerin saklanması, saklanan bu verilerin elektronik olarak işlenmesi, organize edilmesi, değerlendirilmesi ve yüksek hızlı veri, ses veya görüntü taşıyan iletişim araçları ile aktarılması* anlamında kullanılmaktadır<sup>9</sup>. Bu haliyle bilişim (enformatik), bilginin saklanması, işlenmesi ve iletilmesini konu edinmiş akademik ve mesleki bir disiplindir.

**Bilişim sistemi**<sup>10</sup> ise TCK m. 243'ün gerekçesinde “*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağı veren manyetik sistemler*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak yukarıda da aktarılan tanımından anlaşılacağı üzere bilişim, hem verilerin işlenmesini (veri-işlem) hem de bu işlemin sonuçlarının aktarılmasını (veri-iletişim) kapsamaktadır.

---

*Hukuku*, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, 2010, s. 765.

<sup>8</sup> Bilişim alanı yeni ve gelişen bir alan olduğundan bu alanda kullanılan kelimeler de doğal olarak gerek bizde gerekse diğer dünya dillerinde yenidir. **Bilişim** terimi esasen **İngilizcesi IT** (= **information technology** -ya da **technologies-** / **Almanca**sı: **Informationstechnik** -ya da **Informationstechnologie-**) olan **bilgi** (= enformasyon) **teknolojisi** anlamına gelmekte ve *bilgi alan, işleyen ve sonuç veren makinelerin yaptığı işlemlerle ilgili olarak da İngilizcede informatics*, Fransızcadada *informatique*, Almancada (die) **Informatik** ve İtalyancada ise **informatica** sözcükleri kullanılmaktadır.

<sup>9</sup> **Akbulut**, Berrin Bozdoğan, *Bilişim Suçları*, SÜHFD, Milenyum Armağanı, Cilt: 8, Sayı: 1-2, (Konya, 2000), s. 546; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2010, s. 706; **Aydın**, Emin D., *Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş*, Ankara, 1992, s. 3; **Ersöy**, Yüksel, *Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları*, AÜSBFD, Cilt: 49, Sayı: 3-4, (Ankara, 1994), s. 151; **Soyaslan**, s. 606; **Yazıcıoğlu**, R. Yılmaz, *Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle*, İstanbul, 1997, (Yazıcıoğlu-I), s. 131; **Yenidünya**, A. Caner/**Değirmenci**, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, İstanbul, 2003, s. 27.

<sup>10</sup> Bilişim sistemi = **information system** (İng.) = **Système d'information** (Frz.) = (Das) **Informationssystem** (Alm.) = **informazioni di sistema** (İtl.)

Dolayısıyla sadece veri-işlem ile veri-iletişim unsurlarını beraberce taşıyan araçlar bütünü bilişim sistemi niteliğindedir. Bu açıdan bakıldığında TCK gerekçesinin, bilişimin sadece veri-işlem unsurunu esas alan buna karşılık veri-iletişim unsurunu ihmal eden bilişim sistemi tanımının noksan olduğu görülmektedir<sup>11</sup>.

TCK gerekçesinin bilişim sistemi tanımı aslında bilişim sisteminden çok bilgisayar tarifine yakındır<sup>12</sup>.

Bilgisayar, bir bilişim sistemidir. Hatta verilerin saklanması, işlenmesi ve iletilmesi bakımından en yaygın bilişim sistemi kuşkusuz bilgisayardır. Ancak bazen öğretilde ve uygulamada aynı anlamda kullanıldıkları görülse de bilişim ve bilgisayar aynı şey demek değildir. Bilişim bilgisayara oranla daha geniş kapsamlıdır, bilgisayarı da kapsar.

**Bilgisayar**<sup>13</sup>, *matematiksel ve mantıksal işlem dizileriyle hazırlanmış programlar çerçevesinde verileri otomatik olarak işleme tabi tutan sistemlerin ortak adıdır*<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Aynı yönde bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 707.

<sup>12</sup> Ancak, bilindiği gibi manyetik olmak bilgisayarın bir özelliği değildir, aynı yönde bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 707 ve **Yazıcıoğlu**, Yılmaz, *Bilişim Suçları*, HPD, Sayı:2, (Sonbahar, 2004), (Yazıcıoğlu-II) s. 143.

<sup>13</sup> Esasen İngilizce olan ancak dünyanın aşağı yukarı tüm dillerinde kullanılan **computer** kelimesi ceza hukuku öğretisinde **Erem** tarafından **kompyütür** olarak Türkçeleştirilmiştir, bkz. **Erem**, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Cilt: 3, Ankara, 1993, (Erem-I), s. 2551, dn. 1; **Erem**, Faruk, *Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu*, İBD, Cilt: 69, Sayı: 10-11-12, (İstanbul, 1993), (Erem-II), s. 727. Bilgisayar için, öğretilde ve uygulamada "**bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan sistem**" (765 s. TCK), "**bilgi işlem donanımı**", (**Ifrah**, Georges, *Bilgisayar Ne Sayar: Rakamların Evrensel Tarihi IX*, Ankara, 2002, çeviren: **Diñcer**, Kurtuluş, s. 19), "**elektronik makine**" (**Akbulut**, s. 545), "**elektronik beyin**", "**ordinatör**" gibi birçok isimin kullanıldığı görülmektedir. Computer kelimesi yerine Fransızca **ordinateur**, Almanca ise (der) **Rechner** (bazen de **Elektronenrechner**) kelimesi kullanılmaktadır ki her ikisinin de anlamı esasen **elektronik hesap makinesidir**.

<sup>14</sup> **Soyaslan**, s. 607. **Amerika Birleşik Devletleri** Bilgisayar Sahtekarlığı ve Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası/United States Computer Fraud And Abuse Act, (e) (1) (1984)'nda bilgisayar, "*her türlü elektronik, optik, elektrokimyasal verileri veya yüksek hızda bilgileri işleyebilen, aritmetik işlem veya depolama fonksiyonuna sahip olan ve her hangi bir bilgiyi depolama imkanı bulunan veya doğrudan bu bilgiyi ilgili yere ileten veya bu bilgileri birleştirme işlemi yapan bir aygıt*" şeklinde tanımlanmıştır, bkz. **D'Ovidio**, Robert, *Crime.com: Does crime have a new face?*, (A Dissertation Submitted to the Temple University Graduate Board), January, 2005, s. 39 (naklen **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 705).

Ancak yegane bilişim sistemi bilgisayar değildir. Bilişim alanında **bilgisayara benzeyen sistemler**<sup>15</sup> ve **bilgisayar dışı sistemler**<sup>16</sup> de bulunmaktadır.

Kısaca bilişim suçu olarak isimlendirilen eylemler bilgisayar üzerinde veya bilgisayar olarak nitelendirilmemekle birlikte bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutabilen ya da veri iletişimi sağlayabilen diğer elektronik, manyetik veya mekanik araçlarla bunları veri iletişimi için birbirine bağlayan soyut ya da somut ağlar üzerinde işlenebilmektedir.

İşte bu yüzden de hem burada üzerinde durulan suçların “*bilgisayar suçları*”<sup>17</sup> veya başka nitelendirmeler<sup>18</sup> yerine “**bilişim suçları**” ya da “**bilişim alanında suçlar**” olarak isimlendirilmesinin hem de TCK’nın bu suçları düzenleyen bölümünün başlığında “bilişim alanında suçlar”<sup>19</sup> ifadesinin tercih edilmiş olmasının isabetli olduğunu söylemek gerekir<sup>20</sup>.

### **B. Bilişim alanında suçların koruduğu hukuki değer**

Kanuni tanımıyla “bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmek suçu”nun (m. 243), kısa ifadesiyle ise bilişim sistemine hukuka aykırı erişimin cezalandırılmasının **öncelikli amacı** özel hayatın gizliliğinin hukukça korunması gereğinin bir sonucu olarak bu alana müdahalelerin önlenmesidir.

<sup>15</sup> Kullanıcısını parmak izi, ses veya yüz tanımlaması ya da iris ve retina taraması gibi işlemlerle **biyometrik** özelliklerinden tanıyabilen sistemlerle **akıllı ev** projesi kapsamında geliştirilen ve içerdikleri barkod tarayıcıları sayesinde fonksiyon gösterebilen buzdolapları gibi ev eşyaları bilgisayar kavramına yaklaşmaktadır, bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 705; **Yenidünya/Değirmenci**, s. 17, 18. Ayrıca **Karagülmez**, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Ankara, 2005, s. 33.

<sup>16</sup> Örneğin, POS cihazları, WAP uyumlu cep telefonları, WEB paneli yardımıyla ağa bağlanıp veri aktarımı yapabilen elektronik ev aletleri gibi, bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 693, 707. Ayrıca bkz. **Doğan**, Koray, *Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6-7, (Ekim, 2005), s. 294.

<sup>17</sup> *Bilgisayar suçları* kavramı için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 694.

<sup>18</sup> *İnternet suçları, siber suç* kavramları için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 695. Esasen “bilişim suçları” kavramı bir üst kavram olarak anılan bu suç türlerinin tümünü kapsamaktadır.

<sup>19</sup> Çalışmamızın başlığının “Bilişim Alanında Suçlar” olarak belirlenmesi de zaten bu yasal tercihe dayanmaktadır. Bu bölümün başlığı aslında, TBMM Adalet Komisyonu’nda “**Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar**” olarak kabul edilmiş, ancak, TBMM Genel Kurulu’nda verilen bir önerge üzerine bölüm başlığı, Hükümet Tasarısı’nda olduğu gibi, “Bilişim Alanında Suçlar” olarak değiştirilmiştir, bkz. **Özgenç**, İzzet, *Gereğeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2004, (Özgenç-I), s. 356, dn. 31.

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 694; **Soyaslan**, s. 607.

*Konut dokunulmazlığının ihlalinin elektronik şekli*<sup>21</sup> olarak da değerlendirilebilecek olan bu suçla esasen sırların dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti korunmaktadır.

Aynı şekilde “sistemi engellemek, bozmak, verileri yok etmek veya değiştirmek suçu” (m. 244) ise **öncelikli** olarak korumak istediği değer bakımından *mala zarar vermenin elektronik türü* olarak mütalaa edilebilir.

Nihayet “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu” (m. 245) da **öncelikli** olarak esasen hırsızlık, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarına yakındır.

Bu nitelikleri dolayısıyla öğretilerde, bilişim alanında suçların topluma karşı suçlar yerine aslında kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>22</sup>.

Bu görüş lehinde ifade etmek gerekir ki, örneğin **Alman Ceza Kanunu StGB**'de, bizdeki 243'e yakın suç **202a** ve **202b** maddeleriyle “özel hayat ve sır alanının ihlali” bölümünde ve **yazışarak haberleşme sırlarının ihlali** (m. 202 Verletzung des Briefgeheimnisses) kapsamında, 244'e yakın suç **303a** ve **303b** maddeleriyle **mala zarar verme** (m. 303 Sachbeschädigung) kapsamında ve nihayet 245'e yakın suç ise **266b** maddesiyle “dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma” bölümünde ve **güveni kötüye kullanma** (m. 266 Untreue) kapsamında ve **152a** ve **152b** maddeleriyle de “para ve kıymetli damgalarda sahtecilik” bölümünde yaptırım altına alınmıştır.

Ancak diğer yandan gözden kaçırmamak gerekir ki, bilişim alanında suçlarla korunmak istenen **bir diğer önemli hukuki yarar** da bilişim sistemine karşı suçlar bakımından *bilgisayarın dokunulmaz olması ve sistemin istendiği şekilde hizmet görmesi*, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu<sup>23</sup> açısından ise bu suç hırsızlık, dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma

<sup>21</sup> Bkz. **Yücel**, Mustafa, *Bilişim Suçları*, Ankara Barosu Dergisi, Y.: 49, S.: 4, (1992), s. 509.

<sup>22</sup> **243** ve **244.** maddelerdeki suçların kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesi gerektiğini savunan **Soyaslan**, **245.** madde bakımından ise bir ayırım yaparak “sahte kartlarla başkası aleyhine kendi lehine yarar sağlamak suçunun kişi aleyhine bir suç sayılması ve kişiye karşı suçlar kısmında yer alması, ancak kişi aleyhine fiilin kendisi veya başkası için bir yarar sağlanmadan önce sahte kart üretmesi veya kartı değiştirmesi ve kullanmasının kamu güvenine karşı suç olduğu” görüşündedir, bkz. **Soyaslan**, s. 605, 606.

<sup>23</sup> 765 s. TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş bulunan ve banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kart sahiplerinin zarara sokulmalarını ve bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek amacıyla aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik gibi başkaca suçlara da yol açar nitelikteki bu türden fiillerin TCK'nın cezalandırılır eylemler kataloğuna **bağımsız bir suç** olarak alınmış sebebi, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi duraksamaları ve içtihat farklılıklarını gidermektir.

## ***Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)***

fiillerini içerdiği için *malvarlığı ve kişilere duyulan güven*, sahtecilik suçunu karşıladığı içinse *kamuya duyulan güven ve itibardır*<sup>24</sup>.

Netice olarak, TCK'da bilişim alanında suçlar başlığı altında yaptırma bağlanmış bulunan her üç suça ilişkin düzenlemeyle de korunan hukuki değerin aslında **karma** bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

### **II. Bilişim alanında suçlar**

Bu alanda TCK'nın **243**, **244** ve **245**. maddeleriyle bir kısmı bilişim sistemlerine karşı diğer kısmı da bilişim alanında işlenen suçlar olarak bilişim sistemlerine hukuk dışı girme ve orada kalma (m. **243/1**), sistemin içeriğine veya sistemdeki verilere sisteme girilmesinden dolayı zarar verme (m. **243/3**), bilişim sistemine veya burada bulunan verilere zarar verme (m. **244/1, 2**), bilişim sistemi marifetiyle haksız yarar sağlama (m. **244/4**), haksız olarak elde edilen başkasına ait banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suretiyle yarar sağlama (m. **245/1**) ve başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma ya da kabul etme (m. **245/2**) ve sahte olarak üretilen veya üzerinde sahtecilik yapılan banka veya kredi kartıyla haksız menfaat elde etme (m. **245/3**) suçları düzenlenmiştir.

İşte TCK'da **243**. maddede **iki**, **244**. maddede **üç** ve **245**. maddede yine **üç** olmak üzere üç hüküm içerisinde **toplam sekiz** ayrı suç olarak yaptırma bağlanmış bulunan bilişim alanındaki suçları, az önce de işaret ettiğimiz gibi *bilişim sistemine karşı suçlar ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin suçlar* olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

#### **A. Bilişim sistemine karşı suçlar (m. 243-244)**

##### **1.) Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmek suçu (m. 243)<sup>25</sup>**

Kanunu koyucu, TCK'nın **243**. maddesi hükmüyle (hangi amaçla olursa olsun) bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girerek orada kalmaya devam etmeyi suç olarak tanımlamıştır.

<sup>24</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 696, 718, 734.

<sup>25</sup> *Bilişim sistemine girme*

*Madde 243. - (1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girilen ve orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*

*(2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.*

*(3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

765 s. TCK'da bu suçta birebir benzeyen bir düzenleme bulunmamakta idi. Dolayısıyla bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak erişim yaptırım altında değildi. Zira 765 s. TCK'nın bu suçta sadece maddi unsurları bakımından kısmen benzer<sup>26</sup> 525a maddesinin **birinci** fıkrasında bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak **ele geçirmekten ikinci** fıkrasında ise bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya diğer herhangi bir unsuru başkasına zarar vermek üzere kullanmak, nakletmek veya çoğaltmaktan söz edilmekte idi<sup>27</sup>.

243. maddenin **birinci** fıkrası bu suçun temel şeklini, **ikinci** fıkrası daha az cezayı gerektiren halini, **üçüncü** fıkrası ise neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şeklini düzenlemektedir.

**İkinci** fıkrasındaki daha az cezayı gerektiren hali hariç tutarsak ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halini de müstakil bir suç olarak kabul edersek bu hüküm içerisinde aslında iki ayrı suçun düzenlenmiş olduğu söylenebilecektir.

#### a) Temel şekil (m. 243/1)

Bir bilişim sisteminin bütününe veya (donanım, bileşenler, dizinler, içerikle ilgili veriler gibi sadece) bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmek suçu sadece temel bilgisayar bilgisine veya bunun üzeri seviyede teknolojik bilgi ve birikime sahip kişilerle korsan, siber casus, siber terörist, hacker<sup>28</sup> ya da cracker<sup>29</sup>lar tarafından değil kanun fail ola-

<sup>26</sup> Bkz. Erdağ, Ali İhsan, *Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar İle Bilişim Alanında Suçlar*, Yeni TCK Eğitim Semineri Sunum Metni (2004), Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemini Tanıtım Sitesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr, s. 20.

<sup>27</sup> *Madde 525a - Bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren kimseye ... cezası verilir.*

*Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya diğer herhangi bir unsuru başkasına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya çoğaltan kimseye de yukarıdaki fıkra yazılı ceza verilir.*

(Bu suçun **fer'i cezası** ise TCK m. 525d'de düzenlenmiş idi. Buna göre:

*525a ve 525b maddeleri hükümlerini ihlal eden kişiler hakkında, maddelerde yazılı cezalara ek olarak, meslek icrası sırasında veya icrası dolayısıyla suçun işlendiği bir kamu hizmetinden veya meslek veya sanat veya ticaretten ... yasaklanma cezası da verilir).*

<sup>28</sup> "Bölmek, kesip atmak, yontmak, becermek" anlamına gelen İngilizce **hack** kelimesinden türetilen **hacker** tabiri, sahip olduğu teknolojik bilgi birikimi ve bazı özel teknolojik cihazlar vasıtasıyla veri elde etmek, dolandırıcılık veya sahtecilik gibi çeşitli suçları işlemek amacıyla bilişim sistemlerine erişebilen kimse anlamına gelmektedir, bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 702, 703.

<sup>29</sup> "Kırmak, açmak" anlamına gelen yine İngilizce **crack** kelimesinden türetilen **cracker** tabiri ile ise hackerlara nazaran daha üst düzeyde teknolojik bilgiye sahip olduklarından daha yı-



## *Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)*

bilecek kişiler bakımından herhangi bir özellik aramadığından esasen niyetinin iyiliğine veya kötülüğüne de bakılmaksızın herkes tarafından işlenebilir.

Sisteme hukuka aykırı olarak girip orada kalmaya devam etmekle suç tamamlanır. Sisteme, orada kalmak niyetiyle girmeye çalışmak veya girdikten sonra orada kalmayı başaramamak teşebbüs halidir.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu suçun tamamlanması için sisteme girmeyi yeterli saymamıştır. Failin girdiği sistemde kalmaya devam etmesi de gerekmektedir<sup>30</sup>. Hukuka aykırı olarak girilen bir sistemde kalınmadığı sürece bu suç meydana gelmez. Dolayısıyla, güvenliğini kırarak girdiği sistemde kalmayıp hemen çıkan kişi bu suçtan ötürü cezalandırılmayacaktır<sup>31</sup>. Kanun tanımında, bu suçun işlenmiş sayılması için girilen sistemde en az ne kadar süreyle kalınması gerektiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu yüzden kendisine ait olmayan bir bilişim sistemine girmiş olduğunu fark eden kişinin, bu sistemden hemen çıkmamış olması veya çıkması için gerekli olan malul süreyi aşması “kalmaya devam etmek” anlamına gelecektir ki, bu da bu suçta vücut verir<sup>32</sup>.

Bu suç tipi için **mukayeseli hukuktaki** genel eğilim, bizde olduğu gibi “girmek ve orada kalmak” fillerinin bir arada (veya birbiri ardına) bulunması değil bunun yerine sadece “girmek”<sup>33</sup> fiilinin yeterli sayılması yönündedir<sup>34</sup>.

kıcı faaliyetler yapabilen siber casus veya siber terörist türü bilişim suçları failleri kastedilmektedir, bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 703.

<sup>30</sup> “Suç tanımlarında belirliliği sağlamak ve ceza miktarlarını işlenen ağırlığına uygun olarak belirlemek amacıyla madde metninde değişiklik yapılması uygun görülmüştür” gerekçesiyle TBMM Genel Kurulu’nda verilen bir **önerge** üzerine yapılan değişiklikten önce **birinci** fıkrada metni şöyle idi: “Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren **v e y a** orada kalmaya devam eden kimseye **iki** yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir”, bkz. **Özgeç-I**, s. 355, dn. 29.

<sup>31</sup> Bkz. **Meran**, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları*, En Yeni Yargıtay İçtihatlarıyla Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 565; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 769; **Yaşar**, Osman/**Gökçen**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt V (madde 205-256), Ankara, 2010, s. 6743.

<sup>32</sup> Aynı yönde bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 697. Süre konusunda “sistem dahilindeki bir takım verilerin içeriğine ulaşmak” kıstası için bkz. **Dülger**, Volkan Murat, *Bilişim Suçları*, Ankara, 2004, s. 218.

<sup>33</sup> Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, öğretide, *fiilin sanal bir ortama yönelmiş olması* şeklindeki yerinde gerekçenin üzerine bir de “girmek” fiilinin fiziki bir alanı hedef alması, erişimin ise sanal bir alana yönelmesi bu yüzden de bilişim alanında suçlarda “girmek” yerine “erişmek” teriminin kullanılması gerektiği yönündeki çok isabetli yaklaşıma rağmen (bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 693, 697 ve **Karagülmez**, s. 169) bu çalışmada TCK’nın kullanılmış olduğu terminolojiye sadık kalınmaktadır.

<sup>34</sup> Mukayeseli hukukta bilişim suçları için bkz. **Palli**, Hayati, *Türk Hukukunda Ve Mukayese-*

**Avustralya** (m. 478/1) ve **Danimarka** (m. 263) ceza kanunlarında bilişim sistemine erişim yeterli sayılmış<sup>35</sup>, **Belçika** (m. 550) ve **Fransa** (m. 323/1) ceza kanunlarında ise elde edilmiş olan mevcut erişimin devam ettirilmesi erişimin sağlanmasının yanında suçun seçimlik hareketi olarak sayılmıştır<sup>36</sup>.

**202a** maddesindeki düzenlemesiyle **Alman** Ceza Kanunu'nda ise **sisteme giriş** yerine sistemdeki verilere ulaşım, erişim imkanı sağlamak suç olarak düzenlenmiştir<sup>37</sup>. Verilere ulaşım, erişim imkanı, "sisteme erişim"den kuşkusuz daha ötedir. Bir başka anlatımla erişilen sistemdeki verilere ulaşmak ya da en azından bunun yolunu açmak girilen sistemde bir müddet de olsa kalınması anlamına geleceğinden esasen Almanya'da da bu suçtan bahsedebilmek için bizde olduğu gibi sadece "girmek" yetmez orada "kalmak" da gerekir (en azından verilere ulaşmak için gerekli olan süre kadar).

**b) Daha az cezayı gerektiren hal (m. 243/2)**

Maddenin **ikinci** fıkrasına göre, ilk fıkrada tanımlanan fiillerin bedelli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde fail, **daha az ceza** ile cezalandırılmaktadır<sup>38</sup>.

**c) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal (m. 243/3)**

Birinci fıkrada tanımlanan fiil nedeniyle, aslında failin kastı bu olmasına rağmen, sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi maddenin **üçüncü** fıkrasında suçun **neticesi sebebiyle ağırlaşmış** hali olarak düzenlenmiş ve faile suçun temel şekline nazaran **daha ağır bir ceza** verilmesi öngörülmüştür. Buna karşılık bu sonuçların kasten gerçekleştirilmesi, birazdan incelenecek olan **244.** maddenin **ikinci** fıkrasıyla ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.

---

*li Hukukta Bilişim Suçları*, (Erciyes Üniversitesi SBE yayınlanmamış yüksek lisans tezi), 2008.

<sup>35</sup> **Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi**'nin **2.** maddesi hükmünde de orada kalmaya devam edilmesi aranmaksızın bilişim sistemine hukuka aykırı erişim yeterli sayılmıştır.

<sup>36</sup> Bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 698, dn. 23.

<sup>37</sup> Benzer şekilde **Yunanistan** Ceza Kanunu'nda da "bilgisayarda kayıtlı verilere yetkisiz ulaşmak" suç olarak tanımlanmıştır (m. 370c/2), bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 698, dn. 23.

<sup>38</sup> Bu durumun daha az ceza ile cezalandırılmasının, karşılıksız yararlanma suçu (m. **163**) ile bu suç arasında ceza açısından paralellik kurma düşüncesine dayanabileceği konusunda bkz. **Ketizmen**, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, 2008, s. 111.



**d) Alman ceza hukukunda verilere yetkisiz olarak ulaşımın, erişimin yolunu açmak ve verileri ağda yine yetkisiz olarak yakalamak suçları**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alm.CK, bilişim alanında suçları bizde olduğu gibi ayrı bir başlık altında ve müstakil bir bölümde ele almak yerine, Kanun'un değişik yerlerinde muhtelif hükümler içerisinde düzenlemiştir.

TCK m. 243 ile yaptırım altına alınmış bulunan "bilişim sistemine hukkuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmek" suçuna doğrudan karşılık gelen bir suç tipi Alm.CK'da bulunmamaktadır. Ancak bununla birlikte **Ausspähen von Daten** başlıklı 202a ve **Abfangen von Daten** başlıklı ile 202b maddeleriyle<sup>39</sup> "özel hayat ve sır alanının ihlali" bölümünde ve **yazıarak haberleşme sırlarının ihlali** (m. 202 Verletzung des Briefgeheimnisses) kapsamında düzenlenmiş bulunan suçlar TCK m. 243'e yakınlık göstermektedir.

**202a** maddesi, Kanun'a ilk olarak 15.05.1986 tarihli 2. Ekonomik Suçlulukla Mücadele Kanunu (Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität-2. WiKG)<sup>40</sup>'nun 1. maddesinin 7. bendiyle eklenmiş ve 07.08.2007 tarihinde bilgisayar suçlarıyla mücadele çerçevesinde yapılan 41. Ceza Hukuku Değişiklik Kanunu (Das Einundvierzigste Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG)<sup>41</sup> ile değiştirilmiştir<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Bir de, **202a** ve **202b** maddelerinde tanımlanan suçları işlemek amacıyla yapılan hazırlıkları yaptırım altına alan **202c** maddesi hükmü bulunmaktadır. **202c** maddesi düzenlemesi **202a**, **202b** maddelerinin yanı sıra kuşkusuz **303a** ve **303b** maddeleriyle de ilgilidir, bu konuda bkz. **Hassemer**, Ines M., *Der so genannte Hackerparagraph § 202c StGB-Strafrechtliche IT-Risiken in Unternehmen*, JurPC Web-Dok. 51/2010, Abs. 31-47 (1-47).

<sup>40</sup> Yayınlandığı yer: BGBl. I, S. 721.

<sup>41</sup> Yayınlandığı yer: BGBl. I, S. 1786.

<sup>42</sup> **§ 202a. Ausspähen von Daten.** (1) *Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) Daten im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.

### Verilere yetkisiz olarak (ulaşım) erişim imkanı sağlama<sup>43</sup>

**Madde 202a-** (1) Yetkisiz olarak, kendisine ait olmayan ve haksız erişimlere karşı özel olarak güvenlik altına alınmış bulunan verilere<sup>44</sup>, giriş güvenliğini kırarak kendisi veya bir başkası için erişim imkanı sağlayan kişi, üç yıla kadar hapis veya (adli) para cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkra anlamındaki veriler, sadece elektronik veya manyetik olarak ya da doğrudan algılanabilir olmayan başkaca herhangi bir şekilde saklanmış veya iletilen verilerdir<sup>45</sup>.

**202b** maddesi ise Kanun 'a, 07.08.2007 tarihinde anılan son Kanun (41. StrÄndG) ile eklenmiştir<sup>46</sup>.

### (Bilgisayar ağlarındaki) verileri yetkisiz olarak yakalama (ele geçirme)<sup>47</sup>

**Madde 202b-** Teknik araçlar kullanarak, kamusal olmayan veri iletişimlerinden veya bir bilgi işlem sisteminin elektromanyetik dalgalarından yetkisiz olarak kendisi ya da bir başkası için verileri (m. 202a/2) yakalayan (ele geçiren) kişi, fiil başka hükümlerle daha ağır cezaya bağlanmamışsa, iki yıla kadar hapis veya (adli) para cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü gibi, **202a** maddesiyle yaptırım altına alınmış bulunan eylem daha ziyade bir bilişim sisteminin **içindeki** verilere yönelik olarak ger-

<sup>43</sup> **Spähen** kelimesinin *gözlemek, gözlemek, incelemek* anlamına geldiği de düşünülecek olursa, aslında tam olarak *gözleriyle incelemek, araştırmak, göz atmak* anlamına gelen **ausspähen** kelimesinin, **bilgisayar** (veya dar anlamda **veri**) **casusluğu** ile mücadele amacıyla ihdas edilmiş olan (bkz. **Fischer**, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57., neu bearbeitete Auflage, München, 2010, § 263 önü, kn. 2) **202a** maddesi anlamında ve bilişim terminolojisine de uyarak, **ulaşım** kelimesini karşılayacak şekilde Türkçeye **erişim** olarak çevrilmesinin uygun olacağı kanısındayız.

<sup>44</sup> Gerek burada gerekse 202b ve diğer ilgili hükümlerde çoğul olarak “Daten” kelimesi kullanılmış olsa da tekil olarak “Datum” (veri) de düzenlemeler kapsamındadır, bkz. **Fischer**, § 202a, kn. 6.

<sup>45</sup> Alman ceza hukukundaki tüm bilişim suçları açısından geçerli olan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bu hükümler yalnızca sistemde **kayıtlı** olan verilere değil **gönderim** evresinde olanlara yapılan yetkisiz erişimleri de cezalandırmaktadır, bkz. **Fischer**, § 202a, kn. 1a.

<sup>46</sup> **§ 202b. Abfangen von Daten.** *Wer unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202a Abs. 2) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.*

<sup>47</sup> İngilizcedeki **interception** kelimesine yakın bir anlam içeren ve esasen **yakalamak, alıkoymak** anlamına gelen Almanca **abfangen** kelimesini bilişim suçları çerçevesinde ve **ele geçirmek** ifadesini karşılayacak şekilde **ağdaki bir veriyi yakalama** olarak Türkçeleştirmek mümkündür.

## *Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)*

çekleştirilirken **202b** maddesi verilerin ağ<sup>48</sup>da ele geçirilmesiyle<sup>49</sup> mücadele etmektedir.

Alm.CK'nın, bizdeki **243.** madde düzenlemesine karşılık gelen ve Bilgisayar Ceza Hukuku<sup>50</sup>nun *çekirdek* hükmü olan<sup>51</sup> **202a** maddesi düzenlemesinin **243**'e göre özellik arz eden farkları, bilişim sistemine girme veya erişim yerine verilere ulaşım veya erişimin yolunu açmaktan bahsetmesi ve suçun meydana gelmesi için "orada kalma"yı aramayarak sadece verilere erişimin önünün açılmasını yeterli saymasıdır.

Ancak az önce de ifade edildiği gibi, verilere ulaşmak (aynı şekilde ele geçirmek de), girilen sistemde zorunlu olarak, bir müddet de olsa kalınmasını gerektirmektedir. Bu açıdan bakıldığında iki düzenlemenin aslında birbirine yakın olduğu görülmektedir.

Buna karşılık Almanya'da, bir sisteme, o sistemdeki verilere ulaşmaksızın sadece girilmesi hali, hükmün 2007 yılında değiştirilmesinden önce **202a** maddesinin kapsamı dışında kaldığından bu durumda olan faile ceza verilememekte idi<sup>52</sup>.

Bununla birlikte, anılan reformla hükümdeki "*sich oder einem anderen Daten verschaffen*" ifadesi "*unter Überwindung der Zugangssicherung sich oder einem anderen Zugang zu Daten verschaffen*" olarak değiştirildikten sonra, verilere halihazırda erişilmemişse hatta erişilmese bile bu amaçla sisteme girmek de artık kuşkusuz yasak kapsamına alınmış olmaktadır.

**202a** ve **202b** maddelerinde bizden farklı olarak "*hukuka aykırı olarak*" yerine "*yetkisiz olarak*" denmesinin ise farklılık anlamında bir önemi yok-

<sup>48</sup> Network (İng.) (=das Netzwerk, Alm.).

<sup>49</sup> Buermeyer, Ulf, *Der strafrechtliche Schutz drahtloser Computernetzwerke (WLANs)*, Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (HRRS), August 2004, S. 285.

<sup>50</sup> Bilişim suçlarının veya genel olarak bu alanın Alman ceza hukukunda *bilgisayar suçları* ya da *suçluluğu* (=Computerkriminalität) veya *bilgisayar ceza hukuku* (=Computerstrafrecht) olarak adlandırıldığı görülmektedir, bkz. Fischer, § 263 önu, kn. 2; Tyszkiewicz, Goya Gräfin, *Skimming als Ausspähen von Daten gemäß § 202a StGB?*, HRRS, April 2010, S. 207.

<sup>51</sup> Bkz. Tyszkiewicz, S. 207.

<sup>52</sup> Uygulamada en çok karşılaşılan ihlal türlerinden biri olan güvenliğinin kırılarak bir bilişim sistemine hukuka aykırı yollarla girilmesinin yaptırımsız kalmasından ötürü haklı olarak fazlaca eleştirilen bu durum için bkz. Gravenreuth, Günther, *Computerviren, Hacker, Datenspione, Crasher und Cracker*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), 1989, S. 201.

tur<sup>53</sup>. Zira gerek bizdeki, gerekse Alm.CK'daki bu ibareler **hukuka aykırılığın özellikle vurgulanması**<sup>54</sup> amacıyla kullanılmıştır.

## 2.) Sistemi engellemek, bozmak, verileri yok etmek veya değiştirmek suçu (m. 244)<sup>55</sup>

Kanun koyucu, bir anlamda **243.** maddede yaptırıma bağlanan eylemin sonraki aşamaları olarak da değerlendirilebilecek şekilde TCK'nın **244.** maddesinin **birinci** fıkrasında bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme veya bozmayı, **ikinci** fıkrasında bir bilişim sistemindeki verileri bozmayı, yok etmeyi, değiştirmeyi veya erişilmez kılmayı, sisteme veri yerleştirmeyi, var olan verileri başka bir yere göndermeyi ve **dördüncü** fıkrasında ise birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasını suç olarak tanımlamıştır<sup>56</sup>.

765 s. TCK'nın bu suçtan manevi unsur bakımından ayrılmakla birlikte maddi unsuru açısından kısmen benzer<sup>57</sup> **525b** maddesinin **birinci** fıkrasında başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla, bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip etmek veya

<sup>53</sup> Mukayeseli hukukta da, örneğin **Avustralya** CK'nın 478.1, **Belçika** CK'nın 550 (b) ve **Yunanistan** CK'nın 370c/2 maddelerinde, "yetkisiz olarak", **Danimarka** CK'nın 263. maddesinde "hukuka aykırı", **Fransa** CK'nın 323-1 maddesinde "hileli erişim" ve "erişimin yetkisiz devamı", **Kanada** CK'nın 342.1 maddesinde "açık bir hakkı olmaksızın", **Şili** Otomatik Bilgi İşlem Suçları Kanunu'nun 2. maddesinde "hukuka aykırı olarak" ifadelerine yer verilecek hukuka özel aykırılığa işaret edilmiştir, bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 698, dn. 23, 714.

<sup>54</sup> Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı benzer örnekler ve bu durumun sonuçları için bkz. **Özgenç**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Ankara, 2010, (Özgenç-II), s. 268, 269.

<sup>55</sup> **Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme**

*Madde 244. - (1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

*(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

<sup>56</sup> Böylelikle **244.** maddenin bu düzenlemeleriyle **Avrupa Siber Suç Sözleşmesi**'nin **4.**, **5.** ve **8.** maddelerinden kaynaklanan yükümlülükler de Türk kanun koyucu tarafından yerine getirilmiş olmaktadır.

<sup>57</sup> Bkz. **Erdağ**, s. 21.

## *Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)*

değiştirmek veya silmek veya sistemin işlemesine engel olmak veya yanlış biçimde işlemesini sağlamaktan söz edilmekte idi<sup>58</sup>. Diğer yandan TCK'nın 244. maddesi **ikinci** fıkrasına suçun manevi unsuru bakımından ayrılmakla birlikte maddi unsur açısından kısmen benzer **525c** maddesinde ise hukuk alanında delil olarak kullanılmak maksadıyla sahte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sisteme verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrif eden kimse cezalandırılmakta idi<sup>59</sup>.

244. maddeyle (**üçüncü** fıkrasındaki nitelikli hali hariç olmak üzere) **üç** ayrı suç düzenlenmiştir:

### **a) Bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmak suçu (m. 244/1)**

244. maddenin **birinci** fıkrasında tanımlanan suç **seçimlik hareketli** bir suçtur. Buna göre bu suç, bir bilişim sisteminin işleyişini ya **engellemek** ya da **bozmak** suretiyle işlenebilir.

Bir sistemin bilişim sistemi sayılabilmesi için bir takım unsurları bünyesinde barındırması gerekmektedir.

İşte bunlardan, bilişim sisteminin **ruhu** olarak nitelendirilebilecek olan ve bu sistemden yararlanabilmek için hazırlanan programlar ile sistem ve kullanıcı arasındaki iletişimi mümkün kılan programları içeren<sup>60</sup> **sistem yazılımı (software)**'nin işleyişini engelleyici veya bozucu davranışlar **244/1** kapsamındadır.

Buna karşılık bilişim sisteminin bir de elle tutulabilen fiziksel bileşenleri bulunmaktadır. "**Hardware**" olarak adlandırılan ve sistemin donanımı-

<sup>58</sup> *Madde 525b - Başkasına zarar vermek veya kendisine yarar sağlamak maksadıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrif eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye ... cezası verilir.*

*Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuksal aykırı yarar sağlayan kimseye ... cezası verilir.*

**Fer'i ceza** için m. 525d de dikkate alınmalıdır.

<sup>59</sup> *Madde 525c - Hukuk alanında delil olarak kullanılmak maksadıyla sahte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan bir sisteme, verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrif eden kimseye ... cezası verilir.*

<sup>60</sup> **Topaloğlu**, Mustafa, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*, İstanbul, 1997, s. 19; **Yazıcıoğlu-I**, s. 31; **Pazarıcı**, Melih, *Bilirkişi Raporu, Şifreli Yayınların Hukuki Konularını Aydınlatan İki Önemli Görüş*, İBD, Cilt: 71, Sayı: 1, (İstanbul, 1997), s. 30.

na ait bu maddi unsurlara<sup>61</sup> yönelik zarar verici davranışlar, **244.** madde yerine, bu maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere TCK'nın **151.** maddesinde hüküm altına alınmış bulunan **mala zarar vermek** suçu çerçevesinde değerlendirilmelidir.

**b) Bilişim sistemindeki verilere zarar vermek (bozmak, yok etmek, değiştirmek, erişilmez kılmak, sisteme veri yerleştirmek veya var olan verileri başka yere göndermek) suçu (m. 244/2)**

**244.** maddenin **ikinci** fıkrasında tanımlanan suç da **seçimlik hareketli** bir suçtur. Buna göre bu suç, bir bilişim sistemindeki **verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek** veya **erişilmez kılmak**, sisteme **veri yerleştirmek**, var olan verileri **başka bir yere göndermek** seçimlik hareketlerinin herhangi birisinin yapılması suretiyle işlenebilir.

**Veri**<sup>62</sup>, harf, rakam, grafik veya tespiti mümkün başkaca işaretlerden ibaret olan ve sistemin kendisine göre çalıştığı bilgidir<sup>63</sup>. Belirtmek gerekir ki, sistem içindeki bütün unsurlar veri niteliğindedir<sup>64</sup>.

İşte fiil, suçun konusu olan bu verilere zarar verdiği için ortada bir **zarar suçu** bulunmaktadır.

Sistemde bulunan verilere **244/2** anlamında yapılan müdahale sistemin işleyişini engeller veya bozarsa kuşkusuz **241/1**'deki suç da vücuda geleceğinden fail, (farklı neviden) **fikri içtima** kuralları çerçevesinde bu hüküm gereği cezalandırılacaktır<sup>65</sup>.

**c) Nitelikli hal (m. 244/3)**

Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde iş-

<sup>61</sup> Merkezi işlem birimi, ROM, RAM, çevre giriş-çıkış birimleri gibi, bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 706; **Karagülmez**, s. 33, 34; **Yenidünya/Değirmenci**, s. 21.

<sup>62</sup> Veri= **data** (İng.)= (das) **Datum** çoğulu (die) **Daten** (Alm.).

<sup>63</sup> **5651** sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un **2/1-k** hükmüyle **veri**, "*bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer*" şeklinde tanımlanmıştır. **Alman** ceza hukukunda ise **202a** maddesinin **ikinci** fıkrası uyarınca, sadece elektronik veya manyetik olarak ya da doğrudan algılanamayan başkaca her hangi bir surette saklanabilen veya iletilebilen veriler bilişim suçları anlamında **veri** olarak kabul edilmektedir.

<sup>64</sup> **243.** maddenin gerekçesinde de *sistem içindeki bütün soyut unsurların veri teriminin kapsamında olduğu* belirtilmiştir.

<sup>65</sup> Aynı yönde bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 720, 724.

lenmesi hali **üçüncü** fıkra hükmü ile daha fazla ceza ile yaptırım altına alınarak **nitelikli hal** sayılmıştır.

**d) Bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmak (m. 244/1) ya da bilişim sistemindeki verilere zarar vermek (m. 244/2) suretiyle haksız çıkar sağlamak suçu (m. 244/4)**

244. maddenin **dördüncü** fıkrasıyla ilk iki fıkroda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması daha ağır bir cezayı gerektiren farklı bir suç olarak tanımlanmıştır. Ancak failine, bu fıkra hükmüne dayanarak ceza verilebilmesi için fiilin başka bir suça vücut vermemiş olması gerekmektedir.

Bu düzenlemeye suçun manevi unsuru ve neticesi yönünden kısmen benzer olarak 765 s. TCK'nın **525b** maddesinin **ikinci** fıkrasında bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlamaktan söz edilmekte idi<sup>66</sup>.

**244/4**'te tanımlanmış olan bu fiil, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçu (m. **142/2-e**) veya yine bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu (m. **158/1-f**) gibi Kanun'ca ayrıca yaptırım altına alınmış bulunan başkaca suçlara da vücut verebilir. İşte **244/4** *tamamlayıcı* bir norm<sup>67</sup> olarak düzenlendiğinden, bu hükümde belirtilen fiillerin başka suç tanımlarına uyması halinde fail, o hükümlere göre cezalandırılacaktır. Cezalandırma konusunda **244/4**, sadece fiilin başkaca herhangi bir özel suç tipine uymadığı durumlarda gündeme gelecektir.

**e) Alman ceza hukukunda verileri değiştirmek ve bilgisayar sabotajı suçları**

Alm.CK, **mala zarar verme** (m. 303 Sachbeschädigung) kapsamında yaptırıma bağlanmış bulunan **Datenveränderung** başlıklı **303a** ve **Computersabotage** başlıklı **303b** maddeleriyle TCK m. **244**'e yakın düzenlemeler içermektedir<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> (**525b/2** ve) **244/4**'te yaptırıma bağlanmış bulunan bu suç öğretide, “*yarar sağlama suçu*” (Ersoy, s. 177), “*bilgisayar sistemi kullanılarak yarar sağlamak*” (Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 509), “*bilgisayar marifetiyle dolandırıcılık*” (Yazıcıoğlu, s 267), “*bilgisayar dolandırıcılığı*” (Yücel, s. 507) gibi farklı şekillerde adlandırılmaktadır.

<sup>67</sup> Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 729.

<sup>68</sup> Alm.CK'nın bu çerçevede değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli hükmü de, Kanun'a ilk olarak 15.05.1986 tarihli 2. Ekonomik Suçlulukla Mücadele Kanunu (Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität-2. WiKG)'nun 1. maddesinin 9. bendiyle ile eklen-



**303a** maddesi<sup>69</sup> Kanun'a ilk olarak 15.05.1986 tarihli 2. Ekonomik Suçlulukla Mücadele Kanunu (Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität-2. WiKG)'nun 1. maddesinin 7. bendiyle ile eklenmiş ve 07.08.2007 tarihinde bilgisayar suçlarıyla mücadele çerçevesinde yapılan 41. Ceza Hukuku Değişiklik Kanunu (Das Einundvierzigste Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG) ile değiştirilmiştir.

### Verilerin değiştirilmesi

**Madde 303a-** (1) Hukuka aykırı olarak (202a maddesi ikinci fıkrası anlamındaki) verileri silen, gizleyen, kullanılmaz hale getiren veya değiştiren kişi, iki yıla kadar hapis veya (adli) para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(3) Birinci fıkrada tanımlanmış bulunan suça hazırlık hareketleri hakkında, 202c maddesi, gereğince uygulanır.

**303a** maddesiyle aynı kanunlaşma ve değişiklik süreçlerinden geçen **303b** maddesi<sup>70</sup> ise şöyledir:

---

miş ve ilki 1998 yılında ikincisi ise 22.12.2003 tarihli 35. Ceza Hukuku Değişiklik Kanunu (das Fünfunddreißigste Strafrechtsänderungsgesetz-35. StrÄndG, BGBI. I, S. 2838) ile olmak üzere iki defa değiştirilerek bugünkü metnine kavuşturulmuş bulunan **Computerbetrug** başlıklı *bilgisayar vasıtasıyla dolandırıcılık* suçuna ilişkin **263a** maddesidir.

<sup>69</sup> **§ 303a. Datenveränderung.** (1) Wer rechtswidrig Daten (§ 202a Abs. 2) löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Für die Vorbereitung einer Straftat nach Absatz 1 gilt § 202c entsprechend.

<sup>70</sup> **§ 303b. Computersabotage.** (1) Wer eine Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch erheblich stört, dass er

1.eine Tat nach § 303a Abs. 1 begeht,

2.Daten (§ 202a Abs. 2) in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eingibt oder übermittelt oder

3.eine Datenverarbeitungsanlage oder einen Datenträger zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt es sich um eine Datenverarbeitung, die für einen fremden Betrieb, ein fremdes Unternehmen oder eine Behörde von wesentlicher Bedeutung ist, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen des Absatzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1.einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt,



### **Bilgisayar sabotajı**

**Madde 303b-** (1) Bir başkası için önemi olan veriye dayalı bir işlemi

1. 303a maddesi birinci fıkrasındaki suçu işlemek,

2. 202a maddesi ikinci fıkrası anlamındaki verileri, başkasına zarar vermek maksadıyla bilgisayara girmek veya iletmek ya da

3. bir bilgi işlem sistemini veya işlemciyi bozmak, zarara uğratmak, kullanılmaz hale getirmek, yok etmek veya değiştirmek suretiyle önemli derecede bozan kişi, üç yıla kadar hapis veya (adli) para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir başkasına ait bir işletme, kuruluş veya kurum için önemli olan veriye dayalı bir işlemin söz konusu olması halinde ise ceza beş yıla kadar hapis veya (adli) para cezasıdır.

(3) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(4) İkinci fıkranın nitelikli hallerinde ceza altı aydan on yıla kadar hapis cezasıdır. Failin,

1. önemli derecede bir malvarlığı kaybına sebebiyet vermesi,

2. suçu, meslek edinerek veya bilgisayar sabotajı suçunu sürekli şekilde işlemek amacıyla kurulmuş bulunan bir örgüte üye olarak işlemesi,

3. bu suçun işlenmesi neticesinde, halkın ihtiyaçları için yaşamsal önemdeki besin, mal veya hizmetlerin karşılanması ya da Almanya Federal Cumhuriyeti'nin güvenliğinin zarar görmesi durumlarında kural olarak nitelikli hal vardır.

(5) Birinci fıkradaki suça hazırlık hareketleri için 202c maddesi, gereğince uygulanır.

Bilişim sistemlerinin işlevlerine uygun ve doğru bir şekilde faaliyetlerine devamının temini amacını güden **303a** ve **303b** maddeleriyle TCK m. **244**'tekilere benzer düzenlemeler içeren Alm.CK'nın bu konuda bize göre özellik arz eden farklılıkları, genel olarak verileri<sup>71</sup> değiştirmekten bahsetme-

*2.gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Computersabotage verbunden hat,*

*3.durch die Tat die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.*

*(5) Für die Vorbereitung einer Straftat nach Absatz 1 gilt § 202c entsprechend.*

<sup>71</sup> Esasen **202a** maddesinin **ikinci** fıkrasında tanımlanmış bulunan “veri” kavramının **303a** maddesi anlamında yorumu için bkz. **Abdallah**, Tarek/**Gercke**, Björn/**Reinert**, Peter, *Zur Strafbarkeit von Kopierschutzmaßnahmen auf Audio-CDs gemäß § 303a StGB*, HRRS, Juli 2003.

si ve bilgisayar sabotajı suçuna ismen yer vermiş olmasıdır. Ancak gerek bu düzenlemelerin gerekse TCK m. 244 düzenlemesinin neticeten sistemi ve yazılımını yakın düzeyde ve yeterince koruyucu nitelikte olduğu söylenebilir.

### **B. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (m. 245)**

Kanunu koyucu, banka ve kredi kartları ile ilgili suçları tanımladığı 245. madde<sup>72</sup>'nin **birinci** fıkrasında başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kişinin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlama-sını, **ikinci** fıkrasında başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmeyi, satmayı, devretmeyi, satın almayı veya kabul etmeyi ve **üçüncü** fıkrasında ise sahte oluşturulan veya üzerinde sahteci-

#### <sup>72</sup> **Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması**

*Madde 245. - (1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;*

*a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,*

*b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,*

*c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,*

*Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.*

*(5) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.*

245. madde hükmü, 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle yukarıdaki biçimde **değiştirilmiş** (RG: 08.07.2005/25869) ve maddeye 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle **beşinci fıkra** hükmü **eklenmiştir** (RG: 19.12.2006/26381). Kanunlaştığı şekliyle iki fıkradan ibaret olan madde hükmü şöyle idi:

*Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması*

*Madde 245. - (1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

## *Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)*

lik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlamayı yaptırım altına almıştır.

Bilişim suçları arasında, uygulandığı dönemde en çok sıkıntı bulunan konulardan biri olmasına rağmen<sup>73</sup> 765 s. TCK banka ve kredi kartları ile ilgili olarak işlenen eylemleri açıkça yaptırım altına alan müstakil bir düzenleme içermemekte idi.

Bu yüzden **525b** maddesinin “*bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimsenin*” cezalandırılmasına ilişkin **ikinci** fıkrası hükmünün banka ve kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması durumlarına da uygulanıp uygulanamayacağı hususu gerek öğretide gerekse uygulamada sürekli tartışılmakta idi. **Yargıtay** bu hükmün anılan eylemler bakımından uygulanabileceğini kabul etmişti<sup>74</sup>. Ancak bu kez de kartın ele geçiriliş ve kullanılış şekli çerçevesinde halen bu bilişim suçunun mu yoksa bunun yerine dolandırıcılık suçunun mu söz konusu olması gerektiği tartışılmıştı<sup>75</sup>.

İşte **245.** maddedeki düzenlemenin yeni TCK ile ihdasıyla bu tartışma artık esasen bitmiştir. Nitekim **Yargıtay** da ceza kanunu hükümlerinin zaman bakımından uygulanması çerçevesinde ve **5252** sayılı Kanun<sup>76</sup>’un **9.** maddesi doğrultusunda yapılan uyarlamalar anlamındaki değerlendirmelerde **245.** madde yerine **158/1-f** (bilgi sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu) maddesinin dikkate alınmasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>77</sup>.

**245.** maddeyle **üç** ayrı suç düzenlenmiştir.

### **1.) Başkasına ait banka veya kredi kartını kullanarak yarar sağlamak suçu (m. 245/1)**

**Birinci** fıkra hükmü gereği *başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa cezalandırılır.*

<sup>73</sup> Aynı yönde değerlendirme için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 732.

<sup>74</sup> **CGK** 10.04.2001 tarihli ve 2001/6-30 esas ve 2001/57 karar sayılı kararı, **Yargıtay** Kararları Dergisi, Haziran, 2001, s. 913, 915.

<sup>75</sup> Bkz. **Değirmenci**, Olgun, *Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları*, Legal Hukuk Dergisi, S.: 3, Mart, 2003, s. 592-609; **Dülger**, s. 250 vd.

<sup>76</sup> 04. 11. 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun (RG: 13.11.2004/25642).

<sup>77</sup> **11. CD**’nin 01.05.2007 tarihli ve 2006/9046 esas ve 2007/2945 karar sayılı kararı.

**Banka kartı**, kullanıcısına, bankanın müşterilerinin kullanımına sunduğu sisteme sadece kendince bilinen bir şifre yardımıyla girerek banka çalışanlarının yardımına muhtaç olmaksızın ve 24 saat esasında kendi banka hesabı üzerinde tasarrufta bulunma imkanı veren bir araçtır. Bankacılık kartları alanında debit kart, ATM kartı, hesap kartı gibi isimlerle de adlandırılan bu kartlar, sahibine ancak ya hesabına ulaşarak para yatırma, nakit çekme, havale yapma gibi hesap bakiyesi üzerinden belirli işlemleri yapabilme ya da yine bakiye dahilinde mal ve hizmet satın alabilme imkanı vermekte buna karşılık kredi imkanı sağlamamaktadır<sup>78</sup>.

**Kredi kartı** ise kullanıcısına banka ile arasında yapılan bir sözleşmeye dayanarak bankanın kendine sunduğu kredi olanaklarından yararlanma imkanı vermektedir. Mülkiyeti esasen banka veya finansal kuruma ait olan bu kartlarla müşteri, belirli bir üst limit dahilinde mal veya hizmet satın alabilir ya da otomatik para ödeme makineleri ATM'lerden veya banka gişeleri ile nakit ödeme birimlerinden nakit para çekebilir<sup>79</sup>.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu TCK m. 43 anlamında *bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişiye birden fazla işlenirse (zincirleme suç)*, fail tek bir suçtan dolayı cezalandırılmalı, ancak cezası yine aynı madde uyarınca ve oradaki oranlar dahilinde artırılmalıdır<sup>80</sup>. Buna karşılık, suç konusu olan banka veya kredi kartı, dolayısıyla da mağdur sayısı birden ziyade ise yine aynı hüküm gereği mağdur adedince ayrı suçun söz konusu olacağı da kuşkusuzdur<sup>81</sup>. Çalmış olduğu banka veya kredi kartını hukuka aykırı olarak kullanan fail ise hem hırsızlık hem de banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçlarından, gerçek içtima kurları çerçevesinde ayrı ayrı cezalandırılmalıdır<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Bkz. **Yılmaz**, Eyyüp, *Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri*, İstanbul, 2000, s. 12. 23.02.2006 tarihli ve 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun (RG: 01.03.2006/26095) 3. maddesinde **banka kartı**, "*mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart*" olarak tanımlanmıştır.

<sup>79</sup> Bkz. **Yılmaz**, s. 10. 5464 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de **kredi kartı**, "*nakit kullanımı gereksiz mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan ... kart*" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>80</sup> Bu husus **Yargıtay**'ca da vurgulanmaktadır, bkz. 11. CD'nin 05.12.2006 tarihli ve 7207-9886 sayılı kararı.

<sup>81</sup> Bkz. 11. CD'nin 20.09.2006 tarihli ve 5243/7374 sayılı kararıyla yine 11. CD'nin 07.12.2006 tarihli ve 2006/5927 esas ve 2006/10001 karar sayılı kararı.

<sup>82</sup> Bkz. 6. CD'nin 17.10.2006 tarihli ve 2004/1306 esas ve 2006/9962 karar sayılı kararı.

**2.) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak ya da kabul etmek suçu (m. 245/2)**

**İkinci** fıkra hükmü, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmeyi, satmayı, devretmeyi, satın almayı veya kabul etmeyi ayrı bir suç olarak yaptırma bağlamıştır.

**3.) Sahte banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlamak suçu (m. 245/3)**

TCK'nın **245.** maddesinin **üçüncü** fıkrasıyla da failin **sahte** oluşturulan veya üzerinde **sahtecilik** yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlaması yine ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Ancak fail hakkında bu fıkra hükmüne dayanarak cezaya hükmedilebilmesi için failin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suça vücut vermemiş olması gerekmektedir.

**4.) Şahsi cezasızlık sebebi (m. 245/4)**

Kanun koyucu, **dördüncü** fıkra hükmü bir şahsi cezasızlık sebebi ihdas etmiştir. Buna göre, *birinci fıkroda yer alan suçun; haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolünmayacaktır.*

**5.) (Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak) etkin pişmanlık (m. 245/5)**

Nihayet **245.** maddenin bu maddeye **5560** sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenmiş bulunan **beşinci** fıkrası hükmü uyarınca birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak TCK'nın malvarlığına karşı suçlara ilişkin *etkin pişmanlık* hükümleri (m. **168**) uygulanacaktır.

**6.) Alman ceza hukukunda banka ve kredi karlarının kötüye kullanılması ve bunlarda sahtecilik suçları**

Alm.CK, “dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma” bölümünde ve **güveni kötüye kullanma** (m. 266 Untreue) kapsamında düzenlenen **Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten** başlıklı **266b** maddesi ve “para ve kıymetli damgalarda sahtecilik” bölümünde düzenlenen **Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln** başlıklı **152a** maddesi ve **Fälschung von**

**Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Eurochecks** başlıklı **152b** maddesi hükümleriyle TCK **245.** maddedekilere benzer düzenlemeler içermektedir.

**266b** maddesi<sup>83</sup>, Kanun'a 15.05.1986 tarihli 2. Ekonomik Suçlulukla Mücadele Kanunu (Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität-2. WiKG)'nun 1. maddesinin 11. bendiyle ile eklenmiştir.

### **Çek ve kredi kartlarının kötüye kullanılması**

**Madde 266b-** (1) Kendisine bir çek veya kredi kartının bırakılmasıyla ele geçirdiği, kart düzenleyicisini bir meblağı ödemeye zorlama imkanını, kötüye kullanan ve düzenleyiciyi bu surette zarara uğratan kişi üç yıla hapis veya (adli) para cezası ile cezalandırılır.

(2) 248a maddesi<sup>84</sup>, bu madde bakımından da (gereğince) uygulanır.

**152a** maddesi<sup>85</sup>, Kanun'a ilk olarak yine **1986** yılında WiKG'nin 1. maddesinin 5. bendiyle ile eklenmiş ve ilki **1992**, ikincisi ise **1998** yılında olmak üzere esaslı olarak değiştirilmiş ve nihayet, iç hukukun Avrupa Birliği'nin dolandırıcılık ve nakit dışı ödeme araçlarında sahtecilik konusundaki 28.05.2001 tarihli kararlarına uyumlaştırılması amacıyla<sup>86</sup> 22.12.2003 ta-

<sup>83</sup> § 266b. *Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten.* (1) Wer die ihm durch die Überlassung einer Scheckkarte oder einer Kreditkarte eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, mißbraucht und diesen dadurch schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 248a gilt entsprechend.

<sup>84</sup> Alm. CK'nin **248a** maddesi *hırsızlık ve zimmet suçlarında malın değerinin azlığı durumunda takibatın şikayet üzerine yapılacağı* hususunu düzenlemektedir.

<sup>85</sup> § 152a. *Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln.* (1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr oder, um eine solche Täuschung zu ermöglichen,  
1. inländische oder ausländische Zahlungskarten, Schecks oder Wechsel nachmacht oder verfälscht oder

2. solche fälschen Karten, Schecks oder Wechsel sich oder einem anderen verschafft, feilhält, einem anderen überlässt oder gebraucht,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Handelt der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach Absatz 1 verbunden hat, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

(4) Zahlungskarten im Sinne des Absatzes 1 sind Karten,

1. die von einem Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut herausgegeben wurden und 2. durch Ausgestaltung oder Codierung besonders gegen Nachahmung gesichert sind.

(5) § 149, soweit er sich auf die Fälschung von Wertzeichen bezieht, und § 150 Abs. 2 gelten entsprechend.

<sup>86</sup> Bu uyum kanununun giderilmesi gereken bazı noksanlıklarının bulunduğu hususunda bkz.

rihinde yapılan 35. Ceza Hukuku Değişiklik Kanunu (Das Fünfunddreißigste Strafrechtsänderungsgesetz-35. StrÄndG)<sup>87</sup> ile bütünüyle yeniden yazılmıştır.

**152b** maddesi<sup>88</sup> de, Kanun'a 2003 yılında anılan reformla eklenmiştir.

### **Ödeme kartlarında, çeklerde ve senetlerde sahtecilik**

**Madde 152a-** (1) Hukuki ilişkilerde aldatmak veya böyle bir yanıltmayı mümkün kılmak için,

1. yerli veya yabancı menşeli ödeme kartlarını, çekleri ya da senetleri sahte olarak üreten veya değiştiren ya da

2. bu türden sahte kartları, çekleri veya senetleri kendisi ya da başkası için temin eden, satan, bir başkasına devreden veya kullanan kişi, beş yıla kadar hapis veya (adli) para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(3) Fail, suçu meslek edinerek veya birinci fıkradaki suçu sürekli şekilde işlemek amacıyla kurulmuş bulunan bir örgüte üye olarak hareket ederse ceza altı aydan on yıla kadar hapis cezasıdır.

(4) 1. Bir kredi kurumundan veya mali alanda hizmet veren bir kurumdan verilen kartlar ve 2. donanımı veya kodlanması suretiyle sahteciliğe karşı özel olarak korunan kartlar birinci fıkra anlamında ödeme kartıdır.

---

**Heger**, Martin, *Fünf Jahre §§ 152a Ab. 2, 263a Abs. 3 StGB: Ein Plädoyer für die Korrektur handwerklicher Mängel bei der innerstaatlichen Umsetzung von EU-Vorgaben*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 10/2008, S. 496.

<sup>87</sup> Yayımlandığı yer: BGBl. I, S. 2838.

<sup>88</sup> **§ 152b. Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Eurochecks.** (1) Wer eine der in § 152a Abs. 1 bezeichneten Handlungen in Bezug auf Zahlungskarten mit Garantiefunktion oder Eurocheckvordrucke begeht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Handelt der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach Absatz 1 verbunden hat, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.

(3) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 2 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

(4) Zahlungskarten mit Garantiefunktion im Sinne des Absatzes 1 sind Kreditkarten, Eurocheckkarten und sonstige Karten,

1. die es ermöglichen, den Aussteller im Zahlungsverkehr zu einer garantierten Zahlung zu veranlassen, und

2. durch Ausgestaltung oder Codierung besonders gegen Nachahmung gesichert sind.

(5) § 149, soweit er sich auf die Fälschung von Geld bezieht, und § 150 Abs. 2 gelten entsprechend.



(5) Kıymetli damgalarda sahtecilikle ilgili olmak kaydıyla 149. madde<sup>89</sup> ile 150. maddenin ikinci fıkrası<sup>90</sup>, bu madde bakımından da (gereğince) uygulanır.

### **Garantili ödeme kartlarında ve Euro-çek formlarında sahtecilik**

**Madde 152b-** (1) 152a maddesinin birinci fıkrasında belirtilen fiillerden birini garantili ödeme kartları veya Euro-çek formları hakkında işleyen kişi bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fail, suçu meslek edinerek veya birinci fıkradaki suçu sürekli şekilde işlemek amacıyla kurulmuş bulunan bir örgüte üye olarak hareket ederse hapis cezası iki yıldan az olamaz.

(3) Birinci fıkranın nitelikli hallerinde üç aydan beş yıla kadar, ikinci fıkranın nitelikli hallerinde ise bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(4) 1. düzenleyicisinin iş yaşamında bir ödemeyi garantili olarak yapmasını zorunlu kılan ve 2. donanımı veya kodlanması suretiyle sahteciliğe karşı özel olarak korunan kredi kartları, Euro-çek kartları ya da diğer kartlar birinci fıkra anlamında garantili ödeme kartıdır.

(5) Parada sahtecilikle ilgili olmak kaydıyla 149. madde ile 150. maddenin ikinci fıkrası, bu madde bakımından da (gereğince) uygulanır.

Alm.CK'nın, TCK m. 245'tekilere yakın düzenlemeleri olarak **152a**, **152b** ve **266b** maddeleri ile benimsenen konseptin bize nazaran farklılık arz eden şekli özelliği, bunun bizde olduğu gibi bilişim alanında suçlar başlığı altında ve tek bir hüküm içerisinde ele alınmak yerine, Kanun'un farklı bölümlerinde ve ayrı hükümler içerisinde düzenlenmiş olmasıdır.

### **III. Sonuç**

Bilişim alanında suçlar, ülkemiz bakımından ilk olarak, Fransız hukukunun bu konudaki düzenlemelerinden de etkilenerek 1991 yılında o zamanki 765 sayılı TCK'ya yapılan eklemelerle yaptırım altına alınmıştır.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni TCK ile bilişim alanında suçlar, bizde ve batı hukukunda yaşanan gelişmeler doğrultusunda bütünüyle yeniden düzenlenmiştir.

<sup>89</sup> Alm. CK'nın 149. maddesi *para ve kıymetli damgalarda sahtecilik suçunu işlemek amacıyla yapılan hazırlıkları* yaptırım altına almaktadır.

<sup>90</sup> Alm. CK'nın 150. maddesinin **ikinci** fıkrası hükmü *para ve kıymetli damgalarda sahtecilik suçunun işlenmesi halinde sahte para ile damgaların ve bunların yapımında kullanılan malzemenin toplatılmasına* ilişkindir.



## *Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)*

İkisi 243. maddede, üçü 244. maddede ve nihayet üçü de 245. maddede olmak üzere bilişim alanında suçlar başlığı altında üç hüküm içerisinde aslında toplamda sekiz ayrı suç yaptırımı bağlanmıştır.

Alm.CK'da, bilişim alanında suçlar bizde olduğu gibi ayrı bir başlıkla müstakil bir bölümde düzenlenmemiş, Kanun'un değişik yerlerinde ve farklı hükümler içerisinde ele alınmıştır. İlk defa 1986 yılında kanuna dahil edilmiş olan bu düzenlemeler de 1998, 2003 ve nihayet son olarak da 2007 yılında reforme edilmiştir.

Türk ve Alman ceza hukukundaki bu düzenlemelerin, gerek kapsam gerekse düzenleniş şekillerine yöneltilen bazı haklı eleştirilere rağmen, AB taleplerini, özellikle de Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülükleri gereğince karşıladıklarından şimdilik yeterli oldukları söylenebilir. Şimdilik, çünkü, ancak ihtiyaç üzerine yapılan hukuksal düzenlemelerin toplumsal yaşamın her alanında olduğu gibi, bilişim alanında da gelişmeleri zorunlu olarak arkadan takip ettiği ve üstelik bu alandaki değişimin baş döndürücü bir şekilde ve süratle cereyan ettiği düşünülecek olursa bilişim alanında suçlara ilişkin kanuni düzenlemelerin de zamanla değişebileceğini söylemek kuşkusuz kehanet olmaz.

### **KAYNAKÇA**

**Abdallah**, Tarek/**Gercke**, Björn/**Reinert**, Peter, *Zur Strafbarkeit von Kopierschutzmaßnahmen auf Audio-CDs gemäß § 303a StGB*, Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (HRRS), Juli 2003.

**Akbulut**, Berrin Bozdoğan, *Bilişim Suçları*, SÜHFD, Milenyum Armağanı, Cilt: 8, Sayı: 1-2, (Konya, 2000).

**Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2010.

**Aydın**, Emin D., *Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş*, Ankara, 1992.

- Buermeyer**, Ulf, *Der strafrechtliche Schutz drahtloser Computernetzwerke (WLANs)*, HRRS, August 2004, S. 285.
- Değirmenci**, Olgun, *Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları*, Legal Hukuk Dergisi, S.: 3, Mart, 2003.
- Doğan**, Koray, *Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6-7, (Ekim, 2005).
- Dülger**, Volkan Murat, *Bilişim Suçları*, Ankara, 2004.
- Erdağ**, Ali İhsan, *Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar İle Bilişim Alanında Suçlar*, Yeni TCK Eğitim Semineri Sunum Metni (2004), Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemini Tanıtım Sitesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr.
- Erem**, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Cilt: 3, Ankara, 1993, (Erem-I).
- Erem**, Faruk, *Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu*, İBD, Cilt: 69, Sayı: 10-11-12, (İstanbul, 1993), (Erem-II).
- Ersoy**, Yüksel, *Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları*, AÜSBFD, Cilt: 49, Sayı: 3-4, (Ankara, 1994).
- Fischer**, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57., neu bearbeitete Auflage, München, 2010.
- Gravenreuth**, Günther, *Computerviren, Hacker, Datenspione, Crasher und Cracker*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1989, S. 201.
- Ifrah**, Georges, *Bilgisayar Ne Sayar: Rakamların Evrensel Tarihi IX*, Ankara, 2002, (Çeviren: **Dinçer**, Kurtuluş).
- Hassemer**, Ines M., *Der so genannte Hackerparagraph § 202c StGB-Strafrechtliche IT-Risiken in Unternehmen*, JurPC Web-Dok. 51/2010, Abs. 1-47.
- Heger**, Martin, *Fünf Jahre §§ 152a Ab. 2, 263a Abs. 3 StGB: Ein Plädoyer für die Korrektur handwerklicher Mängel bei der innerstaatlichen Umsetzung von EU-Vorgaben*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 10/2008, S. 496.
- Karagülmez**, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Ankara, 2005.
- Ketizmen**, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, 2008.

***Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)***

- Meran**, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları*, En Yeni Yargıtay İçtihatlarıyla Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008.
- Önder**, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul, 1994.
- Özgenç**, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2004, (Özgenç-I).
- Özgenç**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Ankara, 2010, (Özgenç-II).
- Pallı**, Hayati, *Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları*, (Erciyes Üniversitesi SBE yayınlanmamış yüksek lisans tezi), 2008.
- Pazarcı**, Melih, *Bilirkişi Raporu, Şifreli Yayınların Hukuki Konumlarını Aydınlatan İki Önemli Görüş*, İBD, Cilt: 71, Sayı: 1, (İstanbul, 1997).
- Soyaslan**, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2010.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, 2010.
- Topaloğlu**, Mustafa, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*, İstanbul, 1997.
- Tyszkiewicz**, Goya Gräfin, *Skimming als Ausspähen von Daten gemäß § 202a StGB?*, HRRS, April 2010, S. 207.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt V (madde 205-256), Ankara, 2010.
- Yazıcıoğlu**, R. Yılmaz, *Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle*, İstanbul, 1997, (Yazıcıoğlu-I).
- Yazıcıoğlu**, Yılmaz, *Bilişim Suçları*, HPD, Sayı:2, (Sonbahar, 2004), (Yazıcıoğlu-II).
- Yenidünya**, A. Caner/**Değirmenci**, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, İstanbul, 2003.
- Yılmaz**, Eyyüp, *Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri*, İstanbul, 2000.
- Yücel**, Mustafa, *Bilişim Suçları*, Ankara Barosu Dergisi, Y.: 49, S.: 4, (1992).

BOŞ

# AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ ÜLKE UYGULAMALARI ÇERÇEVESİNDE TBMM'DE KANUN TASARI VE TEKLİFLERİNİN KOMİSYONLARA HAVALESİ

Hasan ERİKLİ\*  
Havvana YAPICI KAYA\*\*

## Özet

*Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığına sunulan kanun tasarı ve teklifleri, TBMM'de ilgili ihtisas komisyonlarında görüşülmektedir. Konunun hangi ihtisas komisyonunda görüşüleceği, meri mevzuat ve teamüller çerçevesinde TBMM Başkanlığı tarafından belirlenmektedir. Ancak konunun hangi komisyonun faaliyet ve yetki alanına girdiği çoğu zaman tartışma konusu olmaktadır. Komisyonların işyükü dağılımı açısından da Plan ve Bütçe Komisyonu ile Dışişleri Komisyonu aleyhine ciddi bir dengesizlik bulunmaktadır. Bu çerçevede TBMM'de havale işlemlerinde halen oturmuş bir sistem bulunduğu söylenemez.*

*Bu çalışmada, TBMM'de havale işlemleri, bazı AB üyesi ülke uygulamaları da ele alınarak incelenecek ve öneriler getirilmeye çalışılacaktır. Kanun tasarı ve tekliflerinin dışında ayrıca kanun hükmünde kararname, dokunulmazlık tezkerelerinin, Sayıştay raporlarının ve 5018 sayılı Kanun kapsamındaki bazı raporların ilgili komisyonlara havalesi söz konusu olabilmektedir. Çalışmamız kapsamında sadece kanun tasarı ve tekliflerinin komisyonlara havalesi konusu incelenecektir. Komisyonların işyüklerinin değerlendirilmesinde 21., 22. ve 23. yasama dönemleri esas alınmıştır.*

***Anahtar Kelimeler:** Yasama Meclisleri, Parlamentolar, İçtüzük, TBMM, Komisyonlar, Havale*

## **THE REFERRAL OF BILLS AND PROPOSALS TO THE COMMITTEES IN THE PARLIAMENT OF TURKEY IN THE CONTEXT OF EUROPEAN UNION MEMBER STATES PRACTICES**

### **Abstract**

*The bills and proposals submitted to the Presidency of the Parliament of Turkey are debated in the related standing committees. Presidency of the Parliament is authorized to determine in which committee the matter be debated. The competence*

\* TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü, Yasama Uzmanı, herikli@tbmm.gov.tr

\*\* TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü, Yasama Uzmanı, havvanayapici@tbmm.gov.tr

*of the committees is a subject of conflicts between the committees most of the time. There is also a inequity between the committees in terms of their work load against the Plan and Budget Committee and Foreign Affairs Committee. In this context there isn't a institutionalized system in terms of referral procedure in the Parliament of Turkey.*

*In this paper, the referral procedure in the Parliament of Turkey is studied to analyze and make suggestions in terms of some EU Member States' practices. The referral of the decrees having the force of law, inviolability certificates, Court of Auditors' reports, the reports in the context of the Law numbered 5018 are not discussed and for making evaluation of the standing committees' work load, the 21 st, 22 nd and 23 rd legislative terms are included in the context of this paper.*

**Key Words:** *Legislatures, Parliaments, Standing Orders, The Parliament of Turkey, Committees, Referral*

## **Giriş**

Yasama meclisleri, çalışma yüklerinin ağırlığını azaltmak, yasama faaliyetlerini hızlı ve verimli yürütebilmek için komisyonlar halinde çalışma yolunu seçmişlerdir. Nitekim yasama meclislerinin tüm üyeleriyle bu çalışmalarını yürütmeye çalışması durumunda yasama sürecinin tıkanması kaçınılmaz olacaktır.<sup>1</sup>

Komisyonlar halinde çalışma gereği, inceleme aşamasının dar kapsamlı bir grupta daha ayrıntılı olarak gerçekleştirilebilmesi ile komisyon üyelerinin kendilerini esas organın üyelerinden daha fazla konuya vakfetmelerini sağlayacak uzmanlık ve zamana sahip olabilmelerine dayanmaktadır. Komisyonu yetkilendiren organa göre komisyon daha dar bir yetki alanına sahip olduğundan, bu işbölümü ve uzmanlaşmayı da sağlamaktadır. Bu yetki devrinin sonucu, komisyonların kendiliğinden bağlayıcı kararlar alamamaları ve esas organa tavsiyelerde bulunarak ulaştıkları sonuçları raporlamalarıdır.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU, **Yasama Meclisinde Komisyonlar**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1965, s. 8.

<sup>2</sup> David ROBERTSON, **A Dictionary of Modern Politics**, Third Edition, Europa Publications, United Kingdom, 2002, s. 93.

## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

Yasama meclisleri; yasama, bütçe ve hükümetin denetimi olmak üzere üç temel yetkisini komisyonlara aktarabilmektedir.<sup>3</sup> Yasama meclisleri, yasama alanındaki yetki devri yoluyla genel kurul aşaması öncesi ya da sonrası olarak değişmekle birlikte kendisine sunulan işleri daha küçük formda çalışma kurulları olan komisyonlara havale ederek çalışmaktadır.

İstisnai durumlarda bazı yasama meclisleri, komisyonlara yasama yetkisini devrederek kendi adına faaliyette bulunmak için tam yetki verirken; bazıları ise yasama yetkilerini koruyarak yasama sürecinin herhangi bir aşamasında komisyonlara hiçbir yetki vermeksizin ve dolayısıyla herhangi bir havale gerçekleştirmeksizin kanun önerisini kanunlaştırabilmektedir. Bu iki uç usul dışında genel uygulama, yasama sürecinin genel kurul ile bir ya da birden fazla komisyon arasında paylaştırılması şeklinde gerçekleşmektedir.<sup>4</sup>

Yasama konularının, ilgili alanda ihtisas sahibi komisyonlarda görüşülmesi, diğer bir deyişle havale işleminin doğru bir şekilde gerçekleştirilebilmesi ilgili konuların uzman kişiler eliyle sonuçlandırılabilmesi açısından önemlidir. TBMM’de gerçekleştirilen havle işlemleri sonrasında komisyonların faaliyet ve yetki alanları konusu çoğu zaman tartışma konusu olabilmektedir.

Bu çalışmada, AB üyesi ülke parlamentolarında ve TBMM’de komisyonlar arasındaki iş dağılımı ve havale konusu çeşitli yönleri itibariyle incelenerek TBMM’deki havale işlemleri açısından bazı öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

### **I.HAVALE KAVRAMI**

İngilizce’de “*commit*”/commitment-committal ya da “*refer*”/referral kavramlarına karşılık gelen havale kavramı, “görüşme, yeniden görüşme ya da karar için gönderme”<sup>5</sup>, “tasarı ve benzerinin bir komisyona gönderilmesi”<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Ingvar MATTSON; Kaare STROM, “Committee Effects on Legislation”, **Patterns of Parliamentary Behaviour**, Herbert DÖRING, Mark HALLERBERG (eds.) içinde, Ashgate Publishing, England, 2004, s. 93.

<sup>4</sup> İtalya ve İspanya yasama meclislerinde bir yasama konusunun genel kurul aşamasından geçmeden komisyon aşamasında kanunlaşması imkânı bulunmaktadır. Almanya ve İspanya yasama meclislerinde komisyon aşaması yapılmaksızın sadece genel kurul görüşmeleriyle kanunlaşma mümkündür. (Bkz. Havvana YAPICI, “Komisyonların Yasama Sürecindeki Rollerini Bağlamında Komisyon Aşamasındaki Özel Yöntem ve Uygulamalar”, **Yasama Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran 2007, S. 5, s. 57-81.)

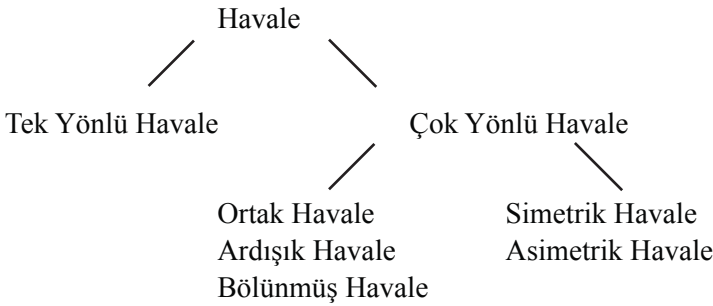
<sup>5</sup> “refer” başlığı, **Collins Dictionary and Thesaurus in One Volume**, Hyper Collins Publishers, Glasgow, 1994, s. 836.

<sup>6</sup> “commit” başlığı, **Collins Dictionary and Thesaurus in One Volume**, s. 193.

ya da “bir yasama konusunun komisyona gönderilme süreci”<sup>7</sup> olarak tanımlanabilir. Türk Dil Kurumu havaleyi, “Bir işi bir başkasının sorumluluğuna bırakma, ısmarlama, devretme”<sup>8</sup> şeklinde tanımlamaktadır. Esasen komisyon/komite kavramı da “daha geniş bir grubun bir konuda görüş ve tavsiyelerini formüle etmek üzere yetki verdiği küçük grup”<sup>9</sup> ya da “bir işin ya da konunun gönderildiği oluşumu” ifade etmektedir.<sup>10</sup> Bu çerçevede komisyonlar asli yetkilerle değil, bağlı oldukları yasama meclislerinden kaynaklanan ikincil yetkileri haiz olarak ilgili yasama meclisi adına faaliyette bulunur.

Hem bakanlıkların görev alanlarına paralel bir şekilde oluşturulan uzmanlığa dayanan komisyon sistemlerinin hem de bakanlıklara paralel örgütlenme söz konusu olmayan uzmanlığa dayanmayan komisyon sistemlerinin uygulandığı parlamentolarda ortak olan husus yapı içerisinde farklı konu alanlarında faaliyet gösteren birden fazla komisyonun bulunmasıdır. Bu durum parlamentoya sunulan yasama konularının komisyonlara havalesinin ne şekilde gerçekleştirileceği sorununu gündeme getirmektedir.

Komisyonlara havale konusunda aşağıdaki çerçevede bir ayrıma gidilebilir:



<sup>7</sup> “commitment” başlığı, Wilbur W. WHITE, **White’s Political Dictionary**, The World Publishing Company, Ohio, 1947, s. 64.

<sup>8</sup> “havale” başlığı, **Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük**, 10. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları: 549, Ankara, 2005, s. 861.

<sup>9</sup> “committee” başlığı, Iain McLEAN; Alistair McMILLAN, **Oxford Concise Dictionary of Politics**, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 92.

<sup>10</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, **age.**, s. 3-7; **Online Etymology Dictionary**, “committee” başlığı, <http://www.etymonline.com/index.php?search=committee&searchmode=none>, (Erişim Tarihi: 22/07/2010).



## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

Tek yönlü havalede konu tek bir komisyona yönlendirilir, o komisyonda görüşülerek rapora bağlanır ve genel kurul görüşmelerine hazır duruma getirilir.

Bazı ülke parlamentolarında hukuki olarak tek bir komisyona havale mümkündür. Bazılarında ise hukuki olarak birden fazla komisyona havale mümkünken, genel uygulama tek bir komisyona havale olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Estonya, Avusturya ve Finlandiya yasama meclislerinde tek bir komisyona havale gerçekleştirilmektedir. Romanya’da ise kanun tasarısı ve teklifleri, genellikle uygulamada tek bir komisyona havale edilmekle birlikte birden fazla komisyona gönderildiği istisnai durumlar da söz konusu olabilmektedir.<sup>11</sup>

Çok yönlü havalede ise konu iki veya daha fazla komisyona havale edilebilmektedir. Çok yönlü havale; *ortak havale*, *ardışık havale* ve *bölünmüş havale* olmak üzere üç şekilde gerçekleştirilebilir.

Ortak havalede, birden fazla komisyonda konu aynı anda görüşülür. İspanya, Polonya ve İtalya yasama meclislerinde birden fazla komisyona havale edilen veya birden fazla komisyonu ilgilendirdiği görülen kanun önerileri, bu komisyonların üyelerinden oluşan bir karma/birleşik komisyonda görüşülür.<sup>12</sup>

Ardışık havalede, konu öncelikle bir komisyona, sonra diğerine/diğerlerine gönderilir ve komisyonlar havale sırasına göre konuyu görüşür. TBMM İçtüzüğü’nde 1996 yılında yapılan değişiklik öncesinde birden fazla komisyona tek bir dosya ile gönderilen kanun önerisinin komisyonlarda belli bir sırayla görüşmesi yapılmaktaydı. İlgili komisyonlar kendilerine kanun önerisi dosyasının ulaşmasını beklemek durumundaydı.

Bölünmüş havalede ise teklifin farklı bölümleri, hangi komisyonu ilgilendiriyorsa o komisyona havale edilir. Genellikle bir kanun önerisinin tamamıyla komisyonların görev alanlarına göre paylaştırılarak gönderilmesi söz konusu olmamakta ve komisyonlardan biri kanun önerisini tüm yönleriyle değerlendirme göreviyle yüklenmektedir.

<sup>11</sup> European Centre for Parliamentary Research and Documentation (ECPRD) Web Sitesi, “Referring Draft Legislation to Parliamentary Committees”, ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna Estonya, Avusturya, Finlandiya ve Romanya yasama meclislerinin verdiği cevaplar, <http://www.ecprd.org>, (Sınırlı Erişim), (Erişim Tarihi: 07/06/2010 ).

<sup>12</sup> ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna İspanya, Polonya ve İtalya yasama meclislerinin verdiği cevaplar.

Çok yönlü havale olduğu durumlarda yapılabilecek diğer bir ayırım, *simetrik* ve *asimetrik* havale olabilir. Simetrik havalede, konunun kendilerine havale edildiği komisyonlar, yetkileri itibariyle aynı önemi haizdir, diğer bir deyişle birinin diğerine bir üstünlüğü bahis mevzuu değildir. Asimetrik havale ise, komisyonlardan birine diğerleri görüş bildirmekte ve anılan komisyon görüşleri değerlendirerek bir sonuca ulaşmaktadır. Örneğin, Portekiz Yasama Meclisi'nde kanun önerileri birden fazla komisyona havale edilmekte, komisyonlar arasında esas-tali komisyon ayırımı bulunmamakta ve her komisyonun raporu aynı önemi haiz bulunmaktadır. Romanya Yasama Meclisi'ndeki uygulamaya göre ise Başkanlık Divanı kanun önerisi konusunda birden fazla komisyonu tayin edebileceği gibi tayin edilmiş bir komisyona diğer komisyonların görüş bildirmesini de öngörebilmektedir. Bu durumda bildirilen görüşlerin bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte bir komisyon diğerlerinin üzerine çıkarılmaktadır.<sup>13</sup>

Bu kapsamda TBMM örneğine bakacak olursak; TBMM'de kanun tasarısı ve teklifleri, konularının birden fazla komisyonu ilgilendirip ilgilendirmemesine göre yalnız bir komisyona veya birden fazla komisyona havale edilebilmektedir. Kendilerine havale gerçekleştirilen komisyonlardan biri esas komisyon, diğeri/diğerleri ise tali komisyon olmaktadır. Tali komisyonların sayısında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır, zaman zaman bu sayı dört ve beş komisyona kadar çıkabilmektedir. Esas komisyon ise her halde bir tane olmak zorundadır. Tali komisyonların görüşleri, esas komisyonlar için bağlayıcı olmadığı için komisyonlar arasında asimetrik bir ilişki söz konusudur. TBMM uygulamasında tasarı ve tekliflerin bir bölümün bir komisyona, diğer bölümünün ise başka bir komisyona havalesini öngören yukarıda bahsedildiği gibi bölünmüş havale uygulaması mevcut değildir. Zaman zaman bu öneri tartışılmakla birlikte bölünmüş havale usulünün, tasarı ve tekliflerin görüşme sürecini düzenleyen TBMM İçtüzüğü'nün temel felsefesini tamamen değiştireceği düşüncesiyle bu öneriye ihtiyatla yaklaşılmaktadır.

## **II. KOMİSYONLARA HAVALENİN HUKUKİ**

### **DAYANAKLARI**

Yasama meclisleri, komisyonlara havale işlemini belirli usuller çerçevesinde gerçekleştirmektedir. Bu usuller de kimi zaman ülkelerin anayasala-

<sup>13</sup> ECPRD'nin 184 numaralı sorusuna Portekiz ve Romanya yasama meclislerinin verdiği cevaplar.

## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

rında, kimi zaman meclislerin içtüzüklerinde ve kimi zaman ise kanunlarda veya daha alt düzeydeki bir kısım normlarda düzenlenmiştir.

Komisyonlara ilişkin düzenlemelerin parlamenter uygulamada anayasa ve kanunlardan daha çok yasama meclislerinin içtüzüklerinde olduğu görülmektedir. Bununla birlikte anayasa koyucu tarafından önem atfedilen ya da uzmanlık gereksiniminin ön plana çıktığı bazı komisyonlara ilişkin düzenlemelere anayasa ve diğer kanunlarda da yer verilmektedir.

Avrupa ülkelerinde de havaleye ilişkin düzenlemeler genellikle içtüzüklerde öngörülmüştür. Bununla birlikte istisnai olarak Anayasa’da hüküm öngören ülkeler de bulunmaktadır.

*Slovakya, Romanya, İsveç, Avusturya, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Estonya, İspanya ve İtalya* yasama meclislerinde içtüzüklerde havaleye ilişkin hükümlere yer verilmiştir. *Finlandiya ve Letonya* yasama meclislerinde anayasalarda komisyonların sorumlulukları belirtilmekte ve içtüzüklerde ise havaleye ilişkin diğer hükümlere yer verilmektedir.<sup>14</sup>

Danimarka Yasama Meclisi’nde komisyonların yetki alanlarının İçtüzük Komisyonu (*Standing Orders Committee*<sup>15</sup>) tarafından belirlenmesi öngörülmüştür (İçt., m. 7). Hangi komisyonun hangi yasama konularını inceleyeceğine dair İçtüzüğün ekinde bir yetki kataloğu yer almaktadır.

TBMM’de kanun tasarı ve tekliflerinin komisyonlara havale edilmesinde hukuki dayanaklar ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, TBMM İçtüzüğünün 20. maddesi ve gerekçesi, 30/10/1984 tarihli ve 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun, bazı komisyonların kuruluşuna dair kanunlar ile havale edilecek konu ile benzer ya da aynı mahiyetteki konuların daha evvel havale edildiği komisyonlara ilişkin oluşmuş teamüllerdir.

### **III. YASAMA SÜRECİNDE HAVALA AŞAMASI**

Kanun tasarı ve tekliflerinin komisyona havale edildiği aşama komisyonlara atfedilen rol açısından önemlidir. Komisyonlara havalenin tasarı ve teklifin genel kuruldaki görüşmelerinden önce ya da sonra gerçekleştirilmesi,

<sup>14</sup> ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna Slovakya, Romanya, İsveç, Avusturya, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Estonya, İspanya, İtalya, Finlandiya ve Letonya yasama meclislerinin verdiği cevaplar.

<sup>15</sup> İçtüzük Komisyonu, Başkanlık Divanı; Başkan, dört Başkan Yardımcısı, dört Sözcü ve bu sayıyı 21’e ulaştıracak şekilde Parlamento üyelerinden oluşur (İçt., m. 11).

ilgili parlamentoda komisyonların yasama sürecindeki etkinliğini ortaya koymada önemli bir ölçüt teşkil eder.

Komisyonlara havale öncesinde genel kurulda görüşme yapılması durumunda, genel kurulun kanun önerisi konusundaki kararı, komisyonu bağlar ve sınırlandırır. Bu aşamada, kanun önerisinin genel ilkeleri belirlenir ve bu aşamadan sonra komisyon sadece ayrıntılar üzerinde değişiklik yapabilir.<sup>16</sup> Genel kurulda genel ilkeleri itibariyle kabul edilmeyen kanun önerilerinin ise komisyonlara havalesi gerçekleştirilmez.

Birçok yasama meclisinde komisyonlar, genel kurul aşaması öncesinde görüşmeleri gerçekleştirmekte ve görüşme sıralaması etkili yasama komisyonları için gerekli bir koşul olarak değerlendirilmektedir.<sup>17</sup> 18 yasama meclisinin komisyonları üzerinde yapılan bir incelemede bu ülkelerin sadece dördünde ( *yüzde 22'si*) genel kurul aşamasının komisyon aşamasından önce olduğu görülmektedir.<sup>18</sup> 1995 yılı verilerine göre yapılan bu inceleme sonrasında günümüze kadar ülkelerin yasama süreçlerinde meydana gelen değişiklikler ve AB üyesi olan yeni ülkeler göz önünde bulundurulduğunda yaklaşık yarısında genel kurul aşamasının komisyon aşamasından önce gerçekleştirildiği görülür.<sup>19</sup> Genel kurul aşamasının yasama sürecinde önceliği olan ülkelere bazılarında sürecin ne şekilde işlediğini aşağıdaki örneklerden görebiliriz.

Danimarka Yasama Meclisi'nde, kanun önerileri üç okumadan geçirilir (Anayasa, m. 41, İct., m. 10/4). İçtüzüğün 11. maddesine göre, herhangi bir kanun önerisi genel kurulda ilk okuması yapılmaksızın komisyonlara havale edilmez. İlk okuma sırasında çok fazla ayrıntıya girilmeksizin ilgili kanun önerisi genel ilkeleri itibariyle görüşülür. Değişiklik önergesi sunulmaz. Bu okuma aşamasının sonlanmasını müteakiben genel kurul tarafından kanun önerisinin herhangi bir komisyona havale edilip edilmeyeceğine karar verilmektedir.<sup>20</sup> İkinci okumadan sonra da bir milletvekilinin önerisi üzerine

<sup>16</sup> **Parliaments of the World (A Comparative Reference Compendium)**, Second Edition, Volume II, Interparliamentary Union, 1986, s. 961.

<sup>17</sup> MATTSON; STROM, "Committee Effects on Legislation", s. 99.

<sup>18</sup> Ingvar MATTSON; Kaare STROM, "Parliamentary Committees", **Parliaments and Majority Rule in Western Europe**, Herbert DÖRING (ed.) içinde, Campus/St. Martin's, Frankfurt/New York, 1995, s. 279-280; Kaare STROM, "Parliamentary Committees in European Democracies", **The New Roles of Parliamentary Committees**, Lawrence D. LONGLEY; Roger H. DAVIDSON (eds.) içinde, Frank Cass, London, 1998, s. 43-44.

<sup>19</sup> Bu sonuca AB üyesi ülkelerin anayasa ve içtüzükleri incelenerek ulaşılmıştır.

<sup>20</sup> **Standing Orders of the Folketing**, Folketing, October 2009.

## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

İlgili kanun önerisinin komisyonlara havalesine genel kurulca karar verilebilmektedir. Bu durumda kanun önerisi ikinci ve üçüncü okuma arasında komisyon gündemine girer ve komisyon üçüncü okumaya temel teşkil etmek üzere ek bir rapor hazırlar.<sup>21</sup> Kanun önerilerinin yaklaşık yüzde 15’i ikinci okuma sonrasında tekrar komisyonlara havale edilmektedir.<sup>22</sup> Danimarka Yasama Meclisi’nde komisyonlara havale zorunlu olmamakla birlikte uygulama, kanun önerilerinin komisyonlara havale edilmesi yönündedir.<sup>23</sup> Genellikle desteği olmayan kanun önerileri komisyonlara havale edildiğinden komisyonlara, görüşmelerinde genel kurul tarafından bir sınırlama getirilmemektedir.<sup>24</sup>

İrlanda Yasama Meclisi’nde yasama süreci beş aşamadan oluşmaktadır. Kanun önerisinin Meclise sunulmasını müteakiben genel kurulda gerçekleştirilen ikinci aşamayı, komisyonlarda gerçekleştirilen üçüncü aşama takip etmektedir. İkinci aşamada, kanun önerisinin içeriği ve ilkeleri konusunda geniş kapsamlı bir müzakere gerçekleştirilmektedir. Üçüncü aşamada ise kanun önerisinin madde madde detaylı müzakeresi gerçekleştirilmekte ve değişiklik önerileri bu aşamada sunulmaktadır. Bu iki aşama yasama sürecinin en önemli aşamalarını teşkil etmektedir. (İçt., m. 120-129)<sup>25</sup> İlgili yasama konusunun komisyon aşamasına geçebilmesi için, ikinci okuma sırasında reddedilmemiş olması gerekmektedir.<sup>26</sup>

*İngiltere’de* komisyonlar, önceki genel kurul görüşmeleri ile ciddi oranda sınırlandırılmaktadır. İngiliz Yasama Meclisi’nde yasama süreci; birinci okuma, ikinci okuma, komisyon aşaması, rapor aşaması ve üçüncü aşamadan oluşmaktadır. Birinci okumada kanun önerisi (*public bill*), başlığı ile tanıtılır

<sup>21</sup> **The Parliamentary System of Denmark**, Folketinget, [http://www.ft.dk/~media/Pdf\\_materiale/Pdf\\_publicationer/English/The%20Parliamentary%20System%20of%20Denmark\\_A4\\_Opslag\\_24s%20pdf.ashx](http://www.ft.dk/~media/Pdf_materiale/Pdf_publicationer/English/The%20Parliamentary%20System%20of%20Denmark_A4_Opslag_24s%20pdf.ashx), (Erişim Tarihi: 10/8/2010), s. 17.

<sup>22</sup> ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna Danimarka Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>23</sup> MATTSON; STROM, “Committee Effects on Legislation”, s. 102.

<sup>24</sup> STROM, “Parliamentary Committees in European Democracies”, s. 46.

<sup>25</sup> **İrlanda Yasama Meclisi Dail İçtüzüğü için bkz.,**

[http://www.oireachtas.ie/documents/proceduraldocuments/StandingOrders2007\\_English\\_and\\_Irish.pdf](http://www.oireachtas.ie/documents/proceduraldocuments/StandingOrders2007_English_and_Irish.pdf), (Erişim Tarihi: 10/8/2010); “**Know Your Parliament (A Guide to the Houses of the Oireachtas)**”,

[http://www.oireachtas.ie/parliament/media/housesoftheoireachtas/contentassets/documents/Oireachtas\\_lowres.pdf](http://www.oireachtas.ie/parliament/media/housesoftheoireachtas/contentassets/documents/Oireachtas_lowres.pdf), (Erişim Tarihi: 10/8/2010), s. 27.

<sup>26</sup> Adriaan Cornelis KOEKKOEK, “Ireland”, **Constitutional Law of 15 EU Member States**, Lucas PRAKKE, Constantijn KORTMAN (Eds.) içinde, Kluwer Legal Publishers, Netherlands, 2004, s. 452.

ve üzerinde görüşme yapılmaksızın ikinci okumanın zamanı ifade edilerek yayımlanır. İkinci okumada kanun önerisinin genel noktaları üzerinde görüşme ve tümü üzerinde bir oylama yapılır. İkinci okumada üyelerden birinin ilgili kanun önerisinin genel kurulda komisyon gibi (*Committee of the Whole House*) görüşülmesi yönünde talebi olmazsa ya da ilgili kanun önerisinin niteliği genel kurulda bu şekilde görüşülmesini gerektirmezse,<sup>27</sup> komisyonlara havale olunur. Komisyon bu aşamada, kanun önerisinin detaylarına inerek madde madde görüşme yaparken genel kurulun görüşmeler sırasında belirlediği genel ilkeleri de gözetmek durumundadır.<sup>28</sup>

Bazı ülkelerde ise kanun önerileri öncelikle komisyonlara havale edilmekle birlikte bunun konu bazında bazı istisnaları bulunmaktadır. Örneğin Polonya Yasama Meclisi'nde Anayasa, seçim, insan haklarına dair kanun önerileri, bütçe ve vergi kanun önerileri, devlet bütçesine etkisi olacak kanun önerileri, temel kanunlar, merkezi ve yerel idari teşkilata dair kanun önerileri öncelikle genel kurulda görüşülür. Genel kurulda gerçekleştirilen bu okuma aşaması komisyonların rollerini zayıflatıcı bir nitelik arz etmekle birlikte, genel kurulda yapılan bu görüşme genel noktalara ilişkindir. Görüşme genellikle komisyona havale ile sonuçlanmakta ve milletvekilleri tarafından sunulan kanun önerileri bu okuma aşamasında çoğu zaman reddedilmektedir.<sup>29</sup>

Görüşme konusunda önceliğin komisyonlarda olduğu ülkelerde, kanun önerisi genel kurul öncesinde yasama komisyonlarına görüşülmek üzere gönderilmekte ve ilgili komisyon raporunun genel kurulca alınacak karar üzerinde esaslı etkisi bulunmaktadır.

TBMM sisteminde kanun tasarı ve teklifleri öncelikle komisyonlarda görüşülmektedir. İçtüzüğü'nün 73. ve 74. maddeleri gereğince TBMM Başkanı gelen kanun tasarı ve tekliflerini ilgili komisyonlara doğrudan doğruya havale eder. Kanun tasarılarının havalesinin tutanak dergisine ve ilan tahtasına

<sup>27</sup> Anayasal önemi olan, siyasi açıdan büyük önemi haiz olan, görüşülmek üzere yeni bir komisyon kurulması zaman kaybı teşkil edecek olan, hükümetin acilen kabulünü istediği kanun önerileri ile bütçe kanun önerileri genel kurulda komisyon olarak görüşülmektedir.

<sup>28</sup> Lucas PRAKKE, "The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland", **Constitutional Law of 15 EU Member States**, Lucas PRAKKE, Constantijn KORTMAN (Eds.) içinde, Kluwer Legal Publishers, Netherlands, 2004, s. 905-906; Michael ZANDER, **The Law Making Process**, Sixth Edition, Cambridge University Press, New York, 2004, s. 53-57.

<sup>29</sup> David M. OLSON; Ania VAN DER MEER-KROK-PASZKOWSKA; Maurice D. SIMON; Irena JACKIEWICZ, "Committees in the Post-Communist Polish Sejm: Structure, Activity and Members", **The Journal of Legislative Studies**, 4:1, 1998, s. 114.

yazdırılması<sup>30</sup> öngörülmekle birlikte kanun tekliflerinde bu yönde açık bir hüküm yer almamaktadır. Uygulamada, her ikisinde de aynı usulün uygulandığı görülmektedir. Bu işlem, milletvekilleri bakımından bilgilendirici bir mahiyet arz etmektedir.

#### **IV. KANUN ÖNERİSİNİN KOMİSYONA HAVALE EDİLMEMESİ DURUMU**

Kanun tasarı ve tekliflerinin komisyonlarda görüşülmesi önemli olmakla birlikte bazı ülke uygulamalarına bakıldığında zaman zaman ilgili yasama konusunun herhangi bir komisyona havale edilmeksizin kanunlaştırılmasının mümkün olduğu tespit edilmiştir.

AB üyesi ülke parlamentolarında da ilgili kanun tasarısı ya da teklifinin komisyonlara havale edilmeksizin doğrudan genel kurulda görüşülebilmesine dair uygulamaların olduğu görülmektedir.<sup>31</sup>

*Almanya Yasama Meclisi*’nde Ulusal Meclis (*Bundestag*), komisyon aşamasının atlanmasına karar verebilir. Örneğin, kanun önerisi çok basitse ve partilerin alacağı pozisyonlar başlangıçta belliyse komisyon aşaması atlanabilmektedir. Bu yola başvurulması, Ulusal Konsey’in üçte iki çoğunluğunun oyuyla söz konusu olabilmektedir. Ancak komisyon aşamasının atlanması yöntemi nadiren uygulama alanı bulur ve genel uygulama kanun önerisinin ilgili komisyonda ayrıntılı olarak incelenmesi yönündedir.<sup>32</sup>

*İspanya Yasama Meclisi Temsilciler Meclisi (Congress of Deputies)* kanadında “Tek Okuma Yöntemi”yle (*Single Reading Process*) komisyon aşaması yapılmaksızın konu genel kurulda tümüyle oylanarak kabul edilebilmektedir. Bu yöntem, niteliği gereği komisyon aşamasını gerektirmeyen konular-

<sup>30</sup> Uygulamada ilgili kanun tasarısı ya da teklifinin havalesine dair bilgiye, gelen kâğıtlarda yer verilmekte ve gelen kâğıtlar da tutanak dergisine eklenmektedir. Söz konusu gelen kâğıt, elektronik ilan panolarına da yansıtılmaktadır. Bununla ilgili ifade aşağıdaki şekilde olmaktadır:

- Afyonkarahisar Milletvekili Mahmut Koçak’ın, 2830 Sayılı Siyasal Partiler Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/892) (Anayasa Komisyonuna) (Başkanlığa geliş tarihi: 7.11.2006)

- Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/210) (Avrupa Birliği Uyum; Milli Savunma ve Adalet Komisyonlarına) (Başkanlığa geliş tarihi: 17.5.2006)

<sup>31</sup> Bu uygulamaların ayrıntıları için bkz. YAPICI, *agm.*, s. 72-74.

<sup>32</sup> **The German Bundestag- Functions and Procedures**, Neue Darmstadter Verlagsanstalt, Rheinbreitbach, 2006, s. 88.



da uygulanmaktadır. Tek okuma yönteminin uygulanmasına genel kurulda karar verilmektedir (İçt., m. 150).<sup>33</sup>

*Avusturya Yasama Meclisi Ulusal Konsey (National Council) kanadında* antlaşmalara ilişkin olan tasarıların Başkan tarafından komisyona havale edilmeksizin genel kurulda görüşülerek kanunlaştırılması genel kurula önerilebilmektedir (İçt., m. 28 (a)). Başkanın bu yöndeki önerisine herhangi bir itiraz olması durumunda ilgili yasama konusu ilk okuma için komisyonlara gönderilir.<sup>34</sup>

TBMM uygulaması açısından görüşülmesi gereken komisyondan başka bir komisyonda görüşülmüş veya hiç bir komisyonda görüşülmemiş bir kanunun hükmünün ne olacağı ve iptal edilebilirlikle karşı karşıya kalıp kalmayacağı sorunu incelemeye değerdir.

Anayasa'da aşağıdaki maddelerde ifade edilen hususlar dışında bir kanun önerisinin TBMM komisyonlarında görüşülmesine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır:

a) Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnemelerin Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşüleceği (m. 91),

b) Bütçe tasarılarının kırk üyeden kurulu Bütçe Komisyonunda inceleneceği (m.162),

c) Kesinhesap kanunu tasarısının, yeni yıl bütçe kanunu tasarısıyla birlikte Bütçe Komisyonu gündemine alınacağı (m. 164).

Anayasa'nın 95. maddesi gereğince TBMM, çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürüteceğinden komisyonlar halinde çalışma prensibi ve komisyona havale konusu İçtüzükte düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bir kararında yasama meclislerindeki komisyonlar ve bunların yasama işlemlerindeki yerleri ve etkilerini değerlendirirken;

*"... yetkili komisyonlardan geçmeksizin veya usulünce kurulmamış bir komisyondan geçerek kabul edilmiş yasa tasarısının, iptal nedeni olacak bir şekil eksikliği ile malul sayılması gerektiği sonucuna varılır."*<sup>35</sup>

<sup>33</sup> **Spanish Constitution and Standing Orders of the Congress**, Genel Secretariat of the Congress Publishing Department, Madrid, 2002.

<sup>34</sup> **Avusturya Yasama Meclisi Ulusal Konsey İçtüzüğü için bkz.**, <http://www.parlament.gv.at/ENGL/PERK/RGES/GOGNR/index.shtml>, (Erişim Tarihi: 5/6/2010).

<sup>35</sup> E: 1964/26, K: 1966/1, K. T. 13/1/1966, **AMKD 4**, s. 21.



## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

ifadesine yer vermektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, bu kararda komisyonun kuruluşundaki aksaklıklar sonradan genel kurulda giderildiği için, kanunu şekil yönünden iptal etmemiştir. Sonraki kararlarında süreklilik kazanan görüşüne göre:

*“Anayasa’ da kimi hallerde kurulması öngörülen karma komisyonlar dışında...Birer İçtüzük düzenlemesi olan ve meclislerce kabul edilen yasaların sıhhati bakımından da şart bulunmayan komisyonların çalışmalarına ve kuruluşlarına ilişkin olarak işlenen hatalar veya usulsüzlükler yasaların Anayasa’ya aykırı sayılabilmeleri için yeter sebep değildir”<sup>36</sup>.*

Bu kararlardan çıkan sonuca göre sadece kanun ve İçtüzük hükümlerine göre kurulan komisyonların kuruluş ve işleyişindeki usulsüzlükler, kanunların şekil yönünden iptalini gerekli kılmamaktadır. Ancak Anayasa’da öngörülmüş olan komisyonlar müstesnadır.

Bu durumda Anayasa’da öngörülmüş olan komisyonlar dışındaki herhangi bir komisyona havale işlemini TBMM Başkanının gerçekleştirmemesi ve doğrudan genel kurul aşamasına geçilmesi yolunu açması, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak, İçtüzüğün 14. maddesi gereğince *“kendisine Anayasa, kanunlar ve İçtüzük gereğince verilen görevleri yerine getirmekle”* görevli olan Meclis Başkanı görevini ihmal etmiş olacaktır.

Ayrıca, çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütmesi öngörülmüş olan TBMM’nin mevcut yöntem kurallarına aykırı bir tutumu söz konusu olacaktır.

### **V. ESAS VE TALİ KOMİSYON AYRIMI**

Kanun tasarı ve tekliflerinin komisyonlara havalesi birden fazla komisyona veya birden fazla komisyondan kurulu bir karma komisyona gerçekleştiriliyor ise bu çok yönlü havale sistemi olarak nitelendirilmektedir. Kanun tasarı ve teklifleri genellikle birden fazla komisyonun yetki alanını ilgilendiren hükümler ihtiva etmektedir. Dolayısıyla kanun tasarı ve tekliflerinin genellikle birden fazla komisyona havale edilmesi gerekebilmektedir. Burada özellikle üzerinde durmaya çalışacağımız husus, tasarı ve teklifin birden fazla komisyona havalesi durumunda komisyonların yetkilerinin ve birbirleriyle ilişkilerinin ne olacağı hususudur. Özellikle ülkemizde yer alan esas-tali komisyon ayrımı, hangi komisyonun raporunun genel kurul görüşmelerinde esas alın-

<sup>36</sup> E: 1968/15, K: 1968/13, K. T. 3, 4 ve 5 Mayıs 1968, **AMKD 6**, s. 162-163.

çağı hususunda önem arz etmektedir. Raporu Genel Kurul görüşmelerine esas olacak komisyon, esas komisyon olarak adlandırılmaktadır. Tali komisyonlar ise işin kendilerini ilgilendiren yönü veya maddeleri üzerinde esas komisyona görüş bildiren komisyonlardır (İçt., m. 23). Anlaşıldığı üzere, ülkemizdeki esas komisyonların tali komisyonlara karşı mutlak bir üstünlüğü söz konusu olmakla birlikte, tali komisyonların görüşlerinin esas komisyon tarafından dikkate alınıp alınmayacağı ve dikkate alınacak ise ne oranda alınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

TBMM tarafından, 5 Aralık 2003'te "Yasama Komisyonlarına Kanun Önerilerinin Havalesi" konusunda ECPRD'ye (*Avrupa Parlamento Araştırma ve Dokümantasyon Merkezi-European Centre for Parliamentary Research & Documentation*) sunulan bilgi istemi neticesinde ülkelerin vermiş oldukları cevaplar incelendiğinde, genellikle yasama meclislerinin komisyonları arasında esas-tali komisyon ayrımının olmadığı, tek bir komisyona havalenin ya da birden fazla komisyona havale edildiği hallerde bu komisyonların bir araya gelerek karma komisyon teşkil etmeleri ve konuları bu komisyon çatısı altında görüşmelerinin yaygın uygulamayı teşkil ettiği görülmektedir.<sup>37</sup>

Estonya, Avusturya ve Finlandiya yasama meclislerinde kanun önerileri tek bir komisyona havale edilmektedir.

Birden fazla komisyona havale edilip, bunların bir araya gelerek "karma komisyon" şeklinde konuyu görüştükları ülkeler, Polonya, İspanya, İtalya'dır.

Yasama konularının birden fazla komisyona havale edildiği yasama meclislerinden Romanya'da esas-tali komisyon ayrımı olmamakla birlikte Başkanlık Divanı, birden fazla komisyonu, tayin edilmiş bir komisyona görüşlerini bildirmesi için görevlendirebilir. Bu durumda bu görüşler, tayin edilmiş komisyon için bağlayıcı değildir. Görüldüğü üzere bu durumda her ne kadar esas-tali komisyon ayrımı olmasa da tayin edilmiş komisyon ve diğer komisyonların birbirleri karşısındaki durumu buna benzer asimetrik bir ilişkiyi yansıtmaktadır.

Estonya Parlamentosu İçtüzüğü'nün 93. maddesi çerçevesinde Başkanlık Divanı, kanun önerisinin incelenmesi için bir ana komisyon (*leading committee*) belirleyebilmektedir. Komisyonlar arasında esas (*main*) ya da tali (*secondary*) komisyon şeklinde bir ayrım olmamakla birlikte, ana komisyon ilgili komisyonlardan kanun önerisi konusunda görüş alabilmektedir.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> ECPRD'nin 184 numaralı sorusuna ilgili yasama meclislerinin verdiği cevaplar.

<sup>38</sup> ECPRD'nin 184 numaralı sorusuna Estonya Yasama Meclisi'nin verdiği cevap.

## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

Bu ülkelerde her ne kadar esas-tali komisyon ayrımı oluşturulmamış olsa da komisyonlar arasında görüş alışverişine imkân tanıyacak bir mekanizma oluşturularak aslında örtülü bir esas-tali komisyon yapılanması oluşturulmuştur.

Esas-tali komisyon ayrımının Almanya, Fransa, Slovakya ve Letonya Cumhuriyeti yasama meclislerinde olduğu görülmektedir.

Almanya Yasama Meclisi Temsilciler Meclisi kanadında, birinci okumanın ardından ilgili yasama konusu bir veya birden fazla komisyona havale olunmaktadır. Bu komisyonlardan biri sorumlu komisyon (*committee responsible*) olarak belirlenmekte ve diğer komisyonlara da görüş için gönderilmektedir. Bir komisyonun sorumlu komisyon olması ilgili yasama konusunu bundan sonra yürütecek komisyon olmasından kaynaklanmaktadır. Kendisine görüş için yasama konusu sunulan komisyonların görüşleri ve değişiklik önerileri, sorumlu komisyon tarafından genel kurula sunacağı raporda göz önünde bulundurulur.<sup>39</sup>

Yine Fransız Yasama Meclisi Ulusal Meclis’inde kanun önerilerinin büyük çoğunluğu, parlamentoda kurulu 6 daimi komisyondan birine havale edilebilir. Belirlenen komisyon, diğer komisyonlardan kanun önerisinin belli bölümleri itibariyle görüş alabilmektedir. Birden fazla komisyonun görev alanını ilgilendiren konularda geçici bir komisyon da kurulabilir. Kanun önerilerinin büyük çoğunluğu, 6 daimi komisyondan birine havale edilmekte ve geçici komisyon oluşturulması istisnai olarak gerçekleşmektedir. Asıl komisyonun (*lead committee*) diğer komisyonlardan görüş istediği hallerde, asıl komisyon kanun önerisinin görüşünü istediği bölümü üzerinde herhangi bir değişiklik ortaya koymaz ve görüşünü istediği komisyonun (*consultative committee*) değişiklik önerilerine uyar. Bu yönde bir uzlaşma olmaması durumunda, görüş için kendisine gönderilen komisyonun değişiklik önerileri ile asıl komisyonun önerileri genel kurula sunulur.<sup>40</sup>

Finans Komisyonu’na havale edilen ve bu komisyonun asıl komisyon olduğu bütçe kanunu tasarısı konusunda, diğer beş daimi komisyondan görüş alınır. Ancak bütçe kanunu tasarısı dışında görüş için havale usulü nadi-

<sup>39</sup> **The German Bundestag- Functions and Procedures**, s. 88-90.

<sup>40</sup> **The National Assembly in the French Institution**, [http://www.assembleenationale.fr/english/synthetic\\_files/file\\_32.asp](http://www.assembleenationale.fr/english/synthetic_files/file_32.asp), (Erişim Tarihi: 7/5/2010).

ren uygulama alanı bulmaktadır. Bunda, görüş istenen komisyonun çok sınırlı bir sonuç için yoğun bir çalışma içine girme konusundaki isteksizliği rol oynamaktadır. Komisyonun üyesi olmayan üyelerin ilgili komisyonun toplantısına katılabilmesi de görüş için havalenin yoğun olarak yapılmamasının bir nedenidir.<sup>41</sup>

Slovak Cumhuriyeti Yasama Meclisi'nde kanun önerileri birden fazla komisyona havale edilebilmekte ve bu durumda Ulusal Konsey Başkanı, bu komisyonlardan hangisinin esas komisyon (*lead committee*) olacağına karar vermektedir (İçt., m. 71). Konu birden fazla komisyonda müzakere edildiğinde, esas komisyon tarafından hazırlanan ortak rapor Ulusal Konsey'e sunulur. Esas komisyon, kanun önerisini en son görüşen komisyondur. Komisyonlar arasında muhalif görüşler olması durumunda, esas komisyon bu görüşler arasında uzlaşma sağlamaya çalışır. Komisyonları karma bir toplantı için çağırabilir (İçt., m. 79). Esas komisyon tarafından atanan ortak raportör, komisyonlardaki görüşmelerin sonuçları ve esas komisyonun görüşleri konusunda Ulusal Konsey'i bilgilendirir. Esas komisyonun ortak bir rapor ya da görüş oluşturamaması durumunda ortak raportör sadece komisyonlardaki müzakerelerin sonuçlarını sunar ve işlemlerin devamı için bir öneri ortaya koyar (İçt., m. 80/2).<sup>42</sup>

Letonya Cumhuriyeti Parlamentosu'nda kanun önerileri birden fazla komisyona havale edilebilmektedir. Bu durumda komisyonlardan biri esas komisyon (*responsible committee*) olarak belirlenmektedir (İçt., m. 82/1). Birden fazla komisyona havaleyi müteakiben genel kurul tarafından diğer komisyonların hangi sure içerisinde görüşlerini belirlenen esas komisyona ya da Başkanlık Divanına (*Presidium*) bildireceği belirlenir (İçt., m. 84).<sup>43</sup>

Portekiz Yasama Meclisi'nde yasama konuları birden fazla komisyona havale edildiğinde hangi komisyonun raporun hazırlanmasından ve resmi görüşün oluşturulmasından sorumlu olacağı da belirlenir (İçt., m. 129).<sup>44</sup> Bu du-

<sup>41</sup> **The National Assembly in the French Institution.**

<sup>42</sup> ECPRD'nin 184 numaralı sorusuna Slovak Cumhuriyeti Yasama Meclisi'nin verdiği cevap.

<sup>43</sup> **Letonya Yasama Meclisi İçtüzüğü için bkz.**

[http://www.saeima.lv/Likumdosana\\_eng/likumdosana\\_kart\\_rullis.html](http://www.saeima.lv/Likumdosana_eng/likumdosana_kart_rullis.html), (Erişim Tarihi: 6/7/2010).

<sup>44</sup> **Portekiz Yasama Meclisi İçtüzüğü için bkz.**

[http://app.parlamento.pt/site\\_antigo/ingles/cons\\_leg/regimento/Rules\\_of\\_Procedure.pdf](http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/regimento/Rules_of_Procedure.pdf), (Erişim Tarihi: 7/7/2010).

## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

rumda komisyonlar arasında esas-tali komisyon ayrımı olmayıp, bu ayrım sadece bütçe kanunu tasarısında söz konusu olmaktadır. Bu Tasarıda, esas komisyon olan Ekonomi ve Finans Komisyonu, raporunu ve görüşünü hazırlamadan evvel diğer komisyonların görüşlerini alır.<sup>45</sup>

Yukarıda özetlenen ülke uygulamaları arasında sadece Almanya Yasama Meclisi’nde tali komisyonun görüşü esas komisyonu bağlamaktadır.

Ülkemiz, esas-tali komisyon uygulaması bakımından iki farklı döneme ayrılabilir. 5/3/1973 tarihli ve 584 karar numaralı TBMM İçtüzüğü’nün ilk metninde,

*“Esas komisyonlar*

*MADDE 23- Raporu Genel Kurul görüşmelerine esas olacak komisyonuna, esas komisyon denir. Esas komisyonun hangisi olacağı, işin komisyonlara havalesi sırasında kanun ve içtüzük hükümlerine göre, Başkanlık tarafından tespit edilir.”*

düzenlemesine yer verilmişti. Bu düzenlemede tali komisyon kavramına yer verilmediği gibi komisyonlar arasında görüş alma/bildirme ya da uyumsuzluk konularına komisyonlarla ilgili diğer maddelerde de yer verilmemişti. Bununla birlikte komisyonlar arasında örtülü olarak bir ayrımın yapıldığı ifade edilebilir.

Bu düzenlemenin esas alındığı dönemde diğer bir deyişle 16/5/1996 tarihli ve 424 sayılı Kararla gerçekleştirilen İçtüzük değişiklikleri öncesinde, esas ve tali komisyon ayrımı yapılmamakta, tasarı ya da teklif konusunda tek bir dosya hazırlanarak dosya sırasıyla ilgili komisyonlarda görüşülmekte ve tasarı ya da teklifin en son görüşüldüğü komisyonun raporu genel kurul görüşmelerine esas alınmaktaydı. Komisyonların görüşmeleri bir silsile içerisinde gerçekleştiğinden havalenin yapıldığı komisyonlar, kendisinden önceki komisyonun görüşmesini tamamlamasını ve dosyanın kendisine ulaşmasını beklemek durumunda kalmaktaydı. Tasarı veya teklifin en son görüşüldüğü komisyonun raporunun genel kurul görüşmelerine esas alınması bu komisyonu esas komisyon yapmakla birlikte aslında kendisinden öncekileri de hâlihazırdaki İçtüzük’teki gibi tali komisyon olarak kabul etmekteydi.

<sup>45</sup> ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna Portekiz Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

İçtüzüğün 23. maddesinde anılan Kararla yapılan değişiklikle esas ve tali komisyon tanımları ile esas ve tali komisyonlara aynı anda havale usulü getirilmiş ve bu şekilde uygulamada görülen aksamanın giderilmesi amaçlanmıştır.<sup>46</sup> Yapılan bu düzenlemeyle uyumlu olarak 37. maddede de bir değişiklik yapılarak, tali komisyonlara on günlük görüşme süresi tanınmış ve bu süre içerisinde tali komisyon tarafından görüşülmeme durumunda esas komisyonun konuyu görüşebilmesine imkân tanınmıştır. Böylece uygulamada komisyonların çalışma sistemlerinden kaynaklanan yasama sürecindeki yavaşlamanın giderilmesi amaçlanmıştır.

Bu değişiklik sonrasında, kanun tasarı ve teklifinin aslı esas komisyona ve birer kopyası tali komisyona/komisyonlara gönderilmekte, tali komisyonun görüşme süresi İçtüzüğün 37. maddesiyle 10 gün olarak sınırlandırılmakta ve tali komisyonun bu süre içerisinde görüş bildirmemesi durumunda esas komisyon konuyu görüşüp raporunu hazırlayabilmektedir. Uygulamada komisyon başkanları arasında yapılan görüşmelerde, ilgili konunun tali komisyonda görüşülüp görüşülmeyeceği netleştirilmekte ve esas komisyon, bu 10 günlük süreyi beklemeden ilgili konuyu görüşüp rapora bağlayabilmektedir. Komisyonların genellikle kendilerine tali olarak gönderilen konuları görüşmeme yolunu tercih ettikleri görülmektedir. Bazı komisyonlar için görüşmeme durumu iş yükünden kaynaklanırken, nispeten az tasarı ve teklif havale edilen komisyonlarda tali komisyonun görüşünün bağlayıcı olmaması ve esas komisyonun tali komisyonun görüşünü ve raporunu göz ardı eder tutumu da bu konuda etkili olmaktadır.

Tali ve esas komisyonlar arasında TBMM Başkanlığı bir köprü vazifesi görmekte ve tali komisyon raporları TBMM Başkanlığı aracılığıyla esas komisyona gönderilmektedir.

Havale sırasında tali komisyonların görüşmeleri ile ilgili olarak sınırlandırma getirmek mümkün bulunmaktadır. Şöyle ki tali komisyonların hangi yönden ve hangi maddeler hakkında görüş bildirecekleri havale sırasında Başkanlıkça belirlenebilmektedir.<sup>47</sup> Böyle bir belirlemenin yapılmadığı hallerde komisyonlar görüşlerini kendileriyle ilgili buldukları hususlarda bildirmektedirler. (İçt., m. 23). Dolayısıyla tali komisyonun ilgili konunun tümünü ken-

<sup>46</sup> **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 20, YY. 1, C. 5, B. 49, 8/5/1996, SS. 13, s. 157.

<sup>47</sup> Bugüne kadar Başkanlık tarafından tali komisyon belirlenirken komisyonun tasarı veya teklifin hangi maddeleri veya hangi yönden görevli oldukları konusunda bir belirleme yapılmamıştır.

## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

disiyle ilgili görerek tümü üzerinde görüşme yapması konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Uygulamada, tali komisyonların çoğu kez tasarı veya teklifin kendi görev alanlarıyla ilgili olabilecek hususlarını göz önünde bulundurmaksızın tasarının/teklifin tümünü ele aldıkları görülmektedir.

Bu durumda tali komisyonlar, esas komisyonlarca kararlaştırılması gereken konuları karara bağlamış olmaktadır. Bu durumda esas komisyon konuyu tüm yönleriyle ele alarak, tali komisyonun kendi görev alanına girmesini saf dışı edebilmektedir. Bununla birlikte aksine bir durumda, diğer bir deyişle esas komisyonun tali komisyonun görev alanına girmesine karşı herhangi bir yaptırım söz konusu değildir.

21. Yasama Dönemi’nde Plan ve Bütçe Komisyonunun tali komisyon olduğu “*Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu Tasarısı*”nda esas komisyon olan Sanayi, Ticaret Enerji, Tabii Kaynaklar Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Tasarıya eklediği maddelerle personel lehine mali hükümler koymuş, bunun üzerine Plan ve Bütçe Komisyonu, esas komisyonun görev alanı dışına çıktığını ileri sürerek komisyonun kararını tekrar gözden geçirmesini sağlamak amacıyla TBMM Başkanlığına başvurmuştur. Ancak Başkanlık bu talebe cevap vermemiş, bunun üzerine Komisyon Başkanı Genel Kurul’da söz alarak bu gibi uygulamaların parlamentoya zarar vereceği uyarısında bulunmuştur. Olayın ilginç bir yönü de, esas komisyon başkanının, tasarının sahibi olan Denizcilik Müsteşarlığının bağlı olduğu bakanın ve TBMM Başkanının Koalisyon Hükümetine üye diğer bir partiye mensup olmaları ve yapılan düzenlemelerin önce Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmelerinde gündeme getirilmesine rağmen bu Komisyonca reddedilmiş olmasıdır.<sup>48</sup>

### **VI. KOMİSYONLARIN YETKİ ALANLARI**

AB üyesi ülke parlamentolarına bakıldığında komisyonların yetki alanlarının Anayasa ve içtüzüklerde düzenlendiği görülmektedir. İstisnai olarak, parlamento içindeki bazı organlar da komisyonların yetkilerini belirleme konusunda yetkili kılınabilmektedir.

Danimarka Yasama Meclisi’nde İçtüzüğün 7. maddesinde parlamento yapısı içerisindeki komisyonların adları sayılmaktadır. Hangi komisyonun hangi işleri yerine getireceği İçtüzük Komisyonu tarafından belirlenmektedir.

<sup>48</sup> Ercan ÇELİKER, **Türkiye’de Yasa Yapma Süreci**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 160; Bkz., **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 21, YY. 2, C. 19, B. 35, s. 29-30.



Yetki alanlarına, İçtüzüğün ekinde ayrıntılı olarak yer verilmektedir. Bununla birlikte, genel kurul komisyonlara havale işlemini gerçekleştirirken İçtüzük Komisyonunca belirlenmiş olan bu kurallardan sapabilir.

Fransa Yasama Meclisi'nde İçtüzüğün 36. maddesi, komisyonları ve görev alanlarını belirlemiştir. İspanya Yasama Meclisi'nde İçtüzüğün 46. maddesinde komisyonların isimleri sayılmış, ancak görev alanları belirlenmemiştir. Bu Yasama Meclisi'nde İçtüzüğün 43. maddesi gereğince havale işlemi Başkanlık divanı tarafından yapıldığından komisyonların görev alanlarının da başkanlık divanı tarafından tespit edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İtalya Yasama Meclisi'nde İçtüzüğün 22. maddesinde komisyon isimleri sayılmış olmakla birlikte, komisyonların sorumluluk alanının meclis başkanı tarafından belirleneceği ifade edilmiştir.

İsveç Yasama Meclisi İçtüzüğü'nde komisyonların yetki alanları madde madde ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur.<sup>49</sup> Polonya Yasama Meclisi'nde de komisyonların yetki alanları İçtüzüğün ekinde ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

Ülkemizde komisyonların yetki alanlarına dair doğrudan ve tüm komisyonları kapsayacak şekilde ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilebilecek olan kanun tasarı ve tekliflerine ilişkin hem Anayasal hem de yasal düzlemde hükümler getirilmişken, diğer komisyonlar için aynı durum söz konusu değildir. İçtüzüğün TBMM komisyonlarını düzenleyen 20. maddesinde sadece ilgili komisyonların adları zikredilmiş, ancak yetki alanlarına dair herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Ancak bu maddenin gerekçesinde, hangi komisyonun hangi tür işlere bakacağı ortaya konulmaktadır. Komisyonların yetki alanlarının ayrı bir maddede değil de gerekçede ele alınmasının nedenleri de aynı maddede 1996 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinde,

*“Komisyonların görevlerini ayrı bir madde halinde belirtmek uzun bir maddenin tanzimine yol açacağından, konunun madde gerekçeleri arasında düzenlenmesi uygun görülmüştür.”<sup>50</sup>*

ifadesine yer verilerek ortaya konulmuştur.

Plan ve Bütçe Komisyonunun yetki alanına ilişkin olarak Anayasa'da

<sup>49</sup> İsveç Yasama Meclisi İçtüzüğü için bkz., [http://www.riksdagen.se/templates/R\\_PageExtended\\_\\_\\_6421.aspx](http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended___6421.aspx), (Erişim Tarihi: 5/7/2010).

<sup>50</sup> TBMM Tutanak Dergisi, D. 20, C. 5, 16/5/1996, B. 49, SS. 13, s. 2.



## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

ve 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanunda hükümler yer almaktadır.

Anayasanın 162. maddesinde merkezi yönetim bütçe kanunu tasarısının ve 164. maddesinde kesinhesap kanunu tasarısının, Bütçe Komisyonunda görüşülmesi öngörülmüştür. Plan ve Bütçe Komisyonu’nun başka hangi konuları görüşeceği, 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilecek olan kanun tasarı ve teklifleri aşağıdaki şekildedir:

a) Kalkınma Planıyla ilgili görülen tasarı ve teklifler (en son olarak).

b) Hükümetin veya Genel Kurulun Plan ve Bütçe Komisyonuna havalesine lüzum gördüğü tasarı ve teklifler.

c) Kamu harcama veya gelirlerinde artış veya azalış gerektiren kanun tasarıları veya teklifleri veyahut sadece belli maddeleri bu niteliği taşıyan tasarı veya teklifler.

(a)’da ifade edilen tasarı ve tekliflerin, Plan ve Bütçe Komisyonu’na “*en son olarak*” ifadesinden dolayı esas komisyon olarak havale edilmesi gerekirken; (b) ve (c)’de öngörülen tasarı ve tekliflerin esas veya tali komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna havalesi mümkün görünmektedir.

İçtüzüğü’nün 20. maddesinin gerekçesinde de Plan ve Bütçe Komisyonu’nun hangi tür işleri görüşeceği aşağıdaki çerçevede ortaya konulmaktadır:

*“Plan ve Bütçe Komisyonu, Başkanlıkça, Hükümetçe veya Genel Kurul’ca kalkınma planı ile ilgili görülen kanun tasarı ve tekliflerini; kamu harcama veya gelirlerinde artış veya azalışı gerektiren kanun tasarı ve tekliflerini veya sadece belli hükümleri bu niteliği taşıyan kanun tasarı ve tekliflerinin söz konusu hükümlerini; vakıflar, milli emlak, vergi, resim, harçlarla ilgili kanun tasarı ve tekliflerini; genel ve katma bütçe kanun tasarılarını, cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarıları ile cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerini, kesinhesap kanun tasarıları ile genel ve katma bütçeli dairelere bağlı döner sermayelerin kesinhesaplarının onaylanmasına dair kanun tasarılarını; mali işlerle ve gümrüklerle ilgili diğer kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde karar-nameleri ve Sayıştay tarafından kanun gereğince verilen raporları inceler”*<sup>51</sup>

<sup>51</sup> TBMM Tutanak Dergisi, D. 20, C. 5, 16/5/1996, B. 49, SS. 13, s. 3.

Diğer TBMM komisyonlarının yetki alanları ise, İçtüzüğün yine aynı maddesinin gerekçesinde gösterilmektedir.<sup>52</sup>

Görev ve yetkileri ile çalışma usulleri, kendi kuruluş kanunlarında ortaya konulan komisyonlar ise Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, AB Uyum Komisyonu ve Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'dur.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu'nun görev ve yetki alanı, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile belirlenmiştir. Bu Komisyonun kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır.

Dünyada ve ülkemizde insan haklarına saygı ve bu konudaki gelişmeleri izlemek suretiyle uygulamaların bu gelişmelere uyumunu sağlamak ve başvuruları incelemek üzere kurulan İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun görev, yetki, çalışma usul ve esasları 5/12/1990 tarihli ve 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu'nda ortaya konulmuştur. Komisyonun bu Kanun çerçevesinde kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesine dair herhangi bir görevi bulunmamaktadır.

Bu Komisyonun yasama alanında da yetkili kılınabilmesi amacıyla TBMM Başkanlığına sunulan İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Anayasa Komisyonu'nda görüşülmüş ve kabul edilen metinde Komisyonun TBMM Başkanlığınca havale edilen kanun tasarı ve teklifleriyle kanun hükmünde kararnameleri esas ya da tali komisyon olarak görüşmesine imkân sağlayacak düzenleme yapılmıştır. Söz konusu kanun teklifi, TBMM gündeminde yer almakta ve görüşülmeyi beklemektedir.<sup>53</sup>

15/4/2003 tarihli ve 4847 sayılı Kanun ile de AB Uyum Komisyonu'nun görev, yetki, çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir. AB Uyum Komisyonu, TBMM Başkanlığına sunulan kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde kararnamelerin Avrupa Birliği mevzuatına uygunluğunu inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak üzere kurulmuştur. Dolayısıyla bu komisyon yasama sürecinde sadece tali komisyon olabilmektedir. Görüş, TBMM Baş-

<sup>52</sup> **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 20, C. 5, 16/5/1996, B. 49, SS. 13.

<sup>53</sup> Mersin Milletvekili Zafer Üskül ve 21 Milletvekilinin; İnsan Hakları Komisyonu Kanunu Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/263), D. 23, YY. 2, SS. 278, TBMM Resmi Web Sitesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss278.pdf>, (Erişim Tarihi: 10/6/2010).

## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

kanlığı tarafından havale yoluyla veya Kanunun kabulünden sonra hiç uygulaması olmamakla birlikte diğer komisyonlar tarafından istenildiğinde bildirilebilmektedir.

25/2/2009 tarihli ve 5840 sayılı Kanunla kurulmuş olan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ise AB Uyum Komisyonu’nun sadece tali komisyon olarak kurgulanmasının yasama sürecinde yarattığı sıkıntıları da giderecek şekilde hem esas hem de tali komisyon olabilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, kurulduğundan bu yana komisyona esas komisyon olarak havale edilen herhangi bir kanun tasarısı veya teklifi bulunmamaktadır.

### **VII. TASARI VE TEKLİFLERİN KOMİSYONLARA HAVALÉSİNDE YETKİ VE HAVALÉ SÜRECİ**

AB üyesi ülke yasama meclisleri mevzuat ve uygulamalarına bakıldığında; ilgili yasama konusunun hangi komisyon/komisyonlarda görüşüleceğinin, komisyonların yetki alanları gözetilerek başkanlık, başkanlık divanı, genel kurul, başkanın veya başkanlık divanının önerisi üzerine genel kurul tarafından belirlendiği görülmektedir. Bu durum ülkeler bazında aşağıdaki tabloda özetlenmiştir:

<b>Tablo 1: Havalede Yetkili Organ ve Birimler</b>	
<b>Başkanlık</b>	Avusturya (İçt., m. 13/4), Portekiz (İçt., m. 143), Slovakya <sup>54</sup> , Slovenya (İçt., m. 123), Fransa (İçt., m. 36), İtalya (İçt., m. 72), Macaristan (İçt., m. 98/2),
<b>Başkanlık Divanı ya da Benzeri Bir Yapı</b>	Estonya ( <i>the Board of the Riigikogu</i> ) (İçt., m. 93); Romanya ( <i>The Standing Bureau</i> ) (İçt., m. 95); İspanya ( <i>Bureau</i> ) (İçt., m. 43)
<b>Genel Kurul</b>	Almanya <sup>55</sup> , Danimarka (İçt., m. 11),
<b>Başkan+Genel Kurul</b>	Letonya <sup>56</sup> , İsveç <sup>57</sup>
<b>Başkanlık Divanı+Genel Kurul</b>	Finlandiya ( <i>Speaker’s Council</i> ) (İçt., m. 32) ; Çek Cumhuriyeti ( <i>Steering Committee</i> ) (İçt., m. 88)

<sup>54</sup> ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna Slovak Cumhuriyeti Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>55</sup> **The German Bundestag- Functions and Procedures**, s. 88-90.

<sup>56</sup> ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna Letonya Cumhuriyeti Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>57</sup> European Centre for Parliamentary Research and Documentation (ECPRD) Web Sitesi, “**Committees, External Relations and Governing Bodies in Parliaments**”, ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna İsveç Yasama Meclisi cevabı, <http://www.ecprd.org>, (Sınırlı Erişim), (Erişim Tarihi: 10/07/2010) ; **İsveç Yasama Meclisi İçtüzüğü**, 4. Bölüm, m. 6.

Yukarıdaki tabloda da görüldüğü üzere, her yasama meclisi kendi yapıları ve koşulları çerçevesinde yetkili komisyonları belirlemektedir.

TBMM İçtüzüğü'nün 23. maddesine göre tasarı, teklif ve kanun hükmünde kararnamelerin hangi komisyonlarda görüşüleceği, esas ve tali komisyonların hangisi olacağı, işin komisyonlara havalesi sırasında Meclis Başkanlığı tarafından tespit edilir.

TBMM Başkanlığı komisyonlara havaleyle ilişkin yukarıda ifade edilen hukuki dayanaklar çerçevesinde işin hangi komisyon/komisyonlarda görüşüleceğine karar vermektedir. Havale işlemleri sırasında benzer mahiyetteki işlerin daha önce havale edildiği komisyonlar da dikkate alınmaktadır.

İçtüzüğü'nün 77. maddesi gereğince bir yasama döneminde sonuçlandırılmayan kanun tasarı ve teklifleri hükümsüz sayılır. Bu tasarı ve tekliflerin yenilenmesi durumunda da genellikle önceki yasama döneminde havale edildiği komisyonlara havale edildiği görülmektedir. Bu konuda istisnalar da olmaktadır. Örneğin, (1/810) esas numaralı "*Kültür ve Turizm Bakanlığının Bazı Taşra Kuruluşlarının İl Özel İdareleri ve Belediyelere Devredilmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*" bir önceki dönemde Plan ve Bütçe Komisyonu'na esas komisyon olarak havale edilmişken; 23. Yasama Dönemi'nde Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'na esas komisyon olarak havale edilmiştir.

İçtüzüğü'nün 20. maddesinde ortaya konulan komisyonların genel olarak bir ya da birden fazla Bakanlığın görev alanına paralel olarak kurumsallaştırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla havale işlemi yapılırken, diğer bir deyişle hangi komisyona havale edileceği belirlenirken ilgili tasarının hazırlandığı bakanlık da göz önünde bulundurulmaktadır. Başkanlığa sunulan tasarıların kaynağının hangi bakanlık olduğu, tekliflerin ise hangi bakanlığın görev alanına ilişkin düzenleme yaptığı havale işlemi gerçekleştirilirken bir ön referans bilgi teşkil etmektedir.

İşin hangi komisyona/komisyonlara havale edileceği, TBMM İdari Teşkilatı altında yer alan Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü tarafından belirlenmekte ve Meclis Başkanı tarafından kesinleştirilmektedir.

İçtüzükte, havale işleminin hangi süre içerisinde gerçekleştirileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda Başkanlığı bağlayan herhangi bir hüküm olmadığından TBMM Başkanlığına sunulan kanun tasarı ve

## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

tekliflerinin havalesini dilediği zaman ve her bir kanun tasarı ve teklifi için farklı zamanlarda gerçekleştirebilecektir.

### **VIII. KOMİSYONLARDA İŞYÜKÜ DAĞILIMI<sup>58</sup>**

Görev ve yetki alanları farklı olan komisyonlara havale olunan tasarı ve teklif sayıları da doğal olarak farklı olacaktır. Komisyonlara havale edilen kanun tasarı ve tekliflerinin sayıları ve yüzde oranları ile genel kurulda kabul edilen kanunların esas olarak görüşüldüğü komisyonlara dağılımı ve yüzde oranları işyüklerinin karşılaştırılması açısından iyi bir gösterge teşkil edebilir. Kanun tasarı ve teklifleri ile genel kurulda kabul edilen kanunların esas olarak görüşüldüğü komisyonlara dağılımına ilişkin veriler, 21., 22. ve 23. yasama dönemleri itibariyle aşağıdaki şekilde gerçekleşmiştir.<sup>59</sup>

#### **A. Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Dağılımı**

21. Yasama Dönemi’nde komisyonlara esas komisyon olarak havale olunan kanun tasarı ve teklifleri sayısı ile yüzde oranları aşağıdaki şekildedir:

<b>Esas Komisyon Olarak Havalesi Yapılan Komisyon<sup>60</sup></b>	<b>Havalesi yapılan tasarı sayısı</b>	<b>Havalesi yapılan teklif sayısı</b>	<b>Toplam tasarı ve teklif sayısı</b>	<b>Yüzde Oranı (%)</b>
Anayasa	10	83	93	5,2
Adalet	75	79	154	8,6
Milli Savunma	35	9	44	2,4
İçişleri	37	79	116	6,4
Dışişleri	298	1	299	<b>16,6</b>
Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor	15	62	77	4,3
Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji	16	16	32	1,8

<sup>58</sup> Bu bölüm altında yer alan tablolardaki veriler, TBMM Arşivi’nden derlenmiştir.

<sup>59</sup> 21. ve 22. yasama dönemlerine dair veriler tüm yasama dönemini kapsarken, 23. yasama dönemine ilişkin veriler 24/11/2010 tarihine kadarki süreci kapsamaktadır.

<sup>60</sup> Avrupa Birliği Uyum Komisyonu 22. Dönemde 15/4/2003 tarihli ve 4847 sayılı, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, 23. Dönemde 25/2/2009 tarihli ve 5840 sayılı Kanunla kurulduğu için bu tabloda yer almamaktadır.

Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm	8	13	21	1,2
Tarım, Orman ve Köyişleri	9	17	26	1,5
Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler	11	28	39	2,2
Plan ve Bütçe	233	658	891	<b>49,6</b>
Çevre	2	2	4	0,2
<b>Toplam</b>	<b>749</b>	<b>1047</b>	<b>1796</b>	<b>100</b>

Tablodan da anlaşılacağı üzere bu yasama döneminde Meclis Başkanlığına sunulan kanun tasarı ve tekliflerinin hemen hemen yüzde 50'si Plan ve Bütçe Komisyonuna, yüzde 16'sı ise Dışişleri Komisyonuna havale edilmiştir.

Dışişleri Komisyonuna esas komisyon olarak havale edilen işlerden (2/828) esas numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerini Düzenleyen Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi dışındakiler, uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun tasarılarıdır.<sup>61</sup>

Uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanun tasarılarının çıkarılması durumunda, Plan ve Bütçe Komisyonu'nun iş-yükü oranı daha da büyümekte ve yüzde 60'lara ulaşmaktadır. Bu durumda diğer on komisyona havale edilen işlerin yüzde oranı, sadece Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilen işlerin yüzde oranının dahi altında kalmaktadır.

Plan ve Bütçe Komisyonu'nda görüşülen kanun tasarı ve tekliflerinin sayısının fazlalığı, ekonomik hayattaki değişikliklerin çok hızlı gerçekleşmesi nedeniyle bu alanda düzenleme yapma ihtiyacını artmasıyla açıklanabilir. Kanun tekliflerinin yarısından çoğunun (658/1047) bu komisyona gönderiliyor olması da milletvekillerinin ağırlıklı olarak hangi konularda kanun teklifi sundukları hususunda iyi bir gösterge teşkil etmektedir.<sup>62</sup>

22. Yasama Dönemi'nde komisyonlara esas komisyon olarak havale olunan kanun tasarı ve teklifleri sayıları ile yüzde oranları aşağıdaki şekildedir:

<sup>61</sup> Tarım Orman ve Köyişleri Komisyonu'nun (1/442) esas numaralı Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısının komisyonlarında esas komisyon olarak görüşülmesi gerektiği yönündeki talebi, TBMM Başkanlığı tarafından reddedilmiştir (TBMM Arşivi, TBMM Başkanlığının 12/11/2007 tarihli ve 1538 sayılı yazısı).

<sup>62</sup> ÇELİKER, *agt.*, s. 163.

### *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

<b>Tablo 3: 22. Yasama Döneminde Meclis Başkanlığına sunulan ve komisyonlara havale edilen tasarı ve tekliflerin komisyonlar arası dağılımı</b>				
<b>Esas Komisyon Olarak Havalesi Yapılan Komisyon</b>	<b>Havalesi yapılan tasarı sayısı</b>	<b>Havalesi yapılan teklif sayısı</b>	<b>Toplam tasarı ve teklif sayısı</b>	<b>Yüzde Oranı (%)</b>
Anayasa	17	129	146	6,8
Adalet	99	76	175	8,1
Milli Savunma	50	8	58	2,7
İçişleri	56	136	192	8,9
Dışişleri	489	1	490	<b>22,8</b>
Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor	44	53	97	4,5
Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji	34	39	73	3,4
Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm	26	35	61	2,8
Tarım, Orman ve Köyişleri	24	23	47	2,2
Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler	23	52	75	3,5
Plan ve Bütçe	245	490	735	<b>34,1</b>
Çevre	3	1	4	0,2
AB Uyum	0	0	0	0
<b>Toplam</b>	<b>1110</b>	<b>1043</b>	<b>2153</b>	<b>100</b>

22. Yasama Dönemi’nde toplam kanun tasarı ve tekliflerinin yüzde 22,8’i Dışişleri Komisyonuna, yüzde 34,1’i Plan ve Bütçe Komisyonu’na havale edilmiştir. Dışişleri Komisyonu’na havale edilen tasarılar hesaba katılmadığında, TBMM Başkanlığına sunulan tasarıların yüzde 39’unun Plan ve Bütçe Komisyonu’na, yüzde 61’inin ise diğer komisyonlara havale edildiği görülmektedir. Bu yasama döneminde oransal ve sayısal olarak Plan ve Bütçe Komisyonu’na sunulan kanun tasarı ve teklifleri azalırken; Dışişleri Komisyonu’nda bu oran artmıştır. Bununla birlikte Plan ve Bütçe Komisyonu’na havale edilen konulardaki azalma kanun tekliflerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim komisyona bu dönemde sunulan kanun tasarısı sayısı artmıştır. Diğer komisyonlara havale edilen kanun tasarı ve teklifi sayısı ise bir önceki döneme nispeten artmıştır.

23. Yasama Dönemi’nde komisyonlara esas komisyon olarak havale olunan kanun tasarı ve teklifleri sayısı ile yüzde oranları aşağıdaki şekilde gerçekleşmiştir:

<b>Tablo 4: 23. Yasama Döneminde Meclis Başkanlığına sunulan ve komisyonlara havale edilen tasarı ve tekliflerin komisyonlar arası dağılımı<sup>63</sup></b>				
<b>Esas Komisyon Olarak Havalesi Yapılan Komisyon</b>	<b>Havalesi yapılan tasarı sayısı</b>	<b>Havalesi yapılan teklif sayısı</b>	<b>Toplam tasarı ve teklif sayısı</b>	<b>Yüzde Oranı (%)</b>
Anayasa	11	43	54	3,7
Adalet	35	93	128	8,6
Milli Savunma	20	20	40	2,7
İçişleri	17	95	112	7,54
Dışişleri	456	1	457	30,9
Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor	37	52	89	6,0
Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji	23	41	64	4,3
Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm	13	11	24	1,6
Tarım, Orman ve Köyişleri	8	15	23	1,6
Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler	6	26	32	2,2
Plan ve Bütçe	85	370	455	30,8
Çevre	1	-	1	0,06
AB Uyum	-	-	-	-
Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği	-	-	-	-
<b>Toplam</b>	<b>712</b>	<b>767</b>	<b>1479</b>	<b>100</b>

23. Yasama Dönemi'nde komisyonların genelinde havale edilen kanun tasarı ve tekliflerinin sayısı azalmıştır. Bu yasama döneminde de havale edilen tasarı ve tekliflerin oranı, Plan ve Bütçe Komisyonu açısından azalırken, Dışişleri Komisyonu açısından artmıştır.

Dışişleri Komisyonuna yapılan havale işlemleri hesaba katılmadığında, TBMM Başkanlığına sunulan kanun tasarılarının yüzde 33'ü, Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilirken; yüzde 67'si diğer komisyonlara havale edilmiştir.

Diğer komisyonlara havale edilen kanun tasarı ve tekliflerinin oranı da 21. Yasama Dönemi'nde, % 35; 22. Yasama Dönemi'nde, % 44 ve 23. Yasama Dönemi'nde % 39 olarak görülmektedir.

Tablolar incelendiği zaman; üç dönemle ilgili olarak; toplam tasarı ve teklif sayısına oranla uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulun-

<sup>63</sup> Bu Tablodaki veriler, 23. Yasama Dönemi'nin 24/11/2010 tarihine kadarki sürecini içine almaktadır.



## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

ması hakkındaki kanun tasarılarında bir artış gözlemlenmektedir. Türkiye’nin dış politikasındaki değişim antlaşmaların sayısının artmasında etkili olmaktadır. Buna karşın, Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilen tasarı ve tekliflerin yüzdesi ise düzenli olarak düşmüştür. Bunda Meclis Başkanlığının havaleye ilişkin yeni uygulamalarının etkisi de göz ardı edilemez.

### **B. Genel Kurulda Kabul Edilen Kanunların Esas Olarak Görüşüldüğü Komisyonlar**

Komisyonların işyükünün değerlendirilmesinde diğer bir ölçüt ise genel kurulda kabul edilen kanunların hangi komisyonlarda görüşüldüğü olabilir.

21. Yasama Dönemi’nde kabul edilen 386 kanunun Genel Kurul’da kabul edilmesinden önce hangi komisyonda esas komisyon olarak görüşüldüğü aşağıdaki tabloda ortaya konulmaktadır:

<b>Esas Komisyon Olarak Görüşen Komisyon</b>	<b>Komisyonun görüştüğü ve Genel Kurulda kabul edilen kanun sayısı</b>	<b>Yüzde oranı (%)</b>
Anayasa	10	2,6
Adalet	41	10,6
Milli Savunma	13	3,4
İçişleri	9	2,4
Dışişleri	146	<b>37,8</b>
Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor	4	1
Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji	15	3,9
Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm	4	1
Tarım, Orman ve Köyişleri	6	1,6
Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler	4	1
Plan ve Bütçe	134	<b>34,7</b>
Çevre	-	-
<b>TOPLAM</b>	<b>386</b>	<b>100</b>

Bu tablodaki durum, 21. Yasama Dönemi’nde komisyonlara havale edilen tasarı ve tekliflere dair verilerin gösterildiği Tablo 2’deki durumla büyük oranda benzerlik arz etmektedir. Görüldüğü üzere Genel Kurul’da kabul edi-

len kanunların yüzde 72,5'i (37,8+34,7) Plan ve Bütçe Komisyonu ile Dışişleri Komisyonlarının raporları üzerinden kabul edilmiştir. Geriye kalan on komisyonun yasalaşmadaki oranları ise yüzde 27,5'te kalmaktadır. Bununla birlikte, bu tabloda Plan ve Bütçe Komisyonu'nun Dışişleri Komisyonu'nun gerisinde kaldığı görülmektedir. Bu durum ise Dışişleri Komisyonuna havale edilenlerin büyük oranda kanun tasarıları olması ve bunların kanunlaşma oranlarının kanun tekliflerine nispetle daha yüksek olmasından kaynaklanmaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere kanun tekliflerinin yarısından fazlası, Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmektedir.

22. Yasama Dönemi'nde kabul edilen kanunların Genel Kurul'da kabul edilmesinden önce hangi komisyonda esas komisyon olarak görüşüldüğü aşağıdaki tabloda ortaya konulmaktadır:

<b>Esas Komisyon Olarak Görüşen Komisyon</b>	<b>Komisyonun görüştüğü ve Genel Kurulda kabul edilen kanun sayısı</b>	<b>Yüzde oranı (%)</b>
Anayasa	26	2,9
Adalet	98	10,8
Milli Savunma	25	2,7
İçişleri	51	5,6
Dışişleri	342	<b>37,4</b>
Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor	36	3,9
Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji	34	3,7
Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm	23	2,5
Tarım, Orman ve Köyişleri	22	2,4
Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler	32	3,6
Plan ve Bütçe	222	<b>24,2</b>
Çevre	3	0,3
AB Uyum	-	-
<b>TOPLAM</b>	<b>914</b>	<b>100</b>

22. Yasama Dönemi'nde kabul edilen kanun sayısı, diğer dönemlerin hemen hemen üç katı oranına ulaşmıştır. Bu dönemde hem TBMM Başkanlığına sunulan tasarı ve teklif sayısı bakımından hem de kanunlaşma bakımından diğer dönemlere göre bir üstünlük söz konusudur. Bu dönemde kabul edi-

## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

len 914 adet kanunun 342 adedi uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğu kanunlardır.

23. Yasama Dönemi’nde kabul edilen kanunların Genel Kurul’da kabul edilmesinden önce hangi komisyonda esas komisyon olarak görüşüldüğü aşağıdaki tabloda ortaya konulmaktadır:

<b>Esas Komisyon Olarak Görüşen Komisyon</b>	<b>Komisyonun görüştüğü ve Genel Kurulda kabul edilen sayısı</b>	<b>Yüzde oranı (%)</b>
Anayasa	9	2,3
Adalet	21	5,3
Milli Savunma	17	4,3
İçişleri	9	2,3
Dışişleri	230	<b>58,3</b>
Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor	13	3,3
Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji	11	2,8
Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm	11	2,8
Tarım, Orman ve Köyşleri	5	1,3
Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler	5	1,3
Plan ve Bütçe	63	<b>16</b>
Çevre	-	-
AB Uyum	-	-
Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği	-	-
<b>TOPLAM</b>	<b>394</b>	<b>100</b>

Genel Kurul’da kabul edilen kanunların esas olarak görüşüldüğü komisyonlara ilişkin tablolar incelendiği zaman havale yüzdelerine ilişkin tablolardaki yüzdelerle benzer sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Kabul edilen kanunlarda da Dışişleri Komisyonunun ağırlığı sürekli artarken, Plan ve Bütçe Komisyonu açısından ise mutlak ağırlık korunmakla birlikte yüzde oranlarında sürekli bir düşüş gözlemlenmektedir.

### **IX. PLAN VE BÜTÇE KOMİSYONUNUN ÖZEL DURUMU**

Yukarıda ortaya konulan veriler çerçevesinde havale edilen kanun tasarısı ve tekliflerinin sayısı ve yüzde oranları açısından komisyonlar içinde Plan ve Bütçe Komisyonunun mutlak ağırlığı bulunduğu görülmektedir.

Anayasa'nın 162. ve 164. maddelerinde bütçe tasarıları ve kesinhesap kanunu tasarılarının Bütçe Komisyonu'nda görüşüleceği hükme bağlanmıştır. Bütçe Komisyonu'nun Anayasa ile kurulmuş olmasının nedenleri ilgili maddede açıklığa kavuşturulmuş değildir. 162. maddenin gerekçesinde yalnızca, “*Maddede bütçenin görüşülmesi ile usul kararları düzenlenmiştir.*” ifadesi-ne yer verilmiştir.

Bu durum, Hükümetin genel siyasetinin bir aracı olan bütçe kanununun bütünlüğünün ve tutarlılığının Bütçe Komisyonu'nda sağlanabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Anayasanın 166. maddesinde ise kalkınma planlarının hazırlanmasına, Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın bu hükmü dâhilinde yürürlüğe konulan Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanunla kalkınma planlarının da Bütçe Komisyonunda görüşüleceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun Plan ve Bütçe Komisyonu'na hangi konuların havale edileceğini düzenleyen ve yukarıda ayrıntılarıyla ortaya konulan 3. maddesi hükmü göz önünde bulundurulduğunda Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilemeyecek herhangi bir kanun tasarısı veya teklifi neredeyse bulunmamaktadır.

Bütçe Komisyonu'nda üyeliklerin dağılımı konusu anayasadan kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 162. maddesi gereğince “*Bu komisyonun kuruluşunda, iktidar grubu veya gruplarına en az yirmi beş üye verilmek şartı ile, siyasi parti gruplarının ve bağımsızların oranlarına göre temsili göz önünde tutulur.*”

Anayasanın 95. maddesinde yer alan “*İçtüzük hükümleri, siyasi parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir.*” hükmü de göz önünde bulundurulduğunda bütçe ve kesin hesap kanunu tasarıları dışındaki kanun tasarısı ve tekliflerinin Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmemesi, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyecektir. Aksine, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında temsil edildikleri bir komisyonda ilgili yasama konularının görüşülmesi, Anayasa'ya uygun olarak teşekkül ettirilmemiş bir yapıda ilgili konuların görüşülmesine yol açtığından Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilebilir.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Hasan ERİKLİ, 1982 Anayasası'na Göre Yasa Yapım Süreci, Yayınlanmamış Yüksek Li-

## *TBMM'de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

Ancak Plan ve Bütçe Komisyonunun mevcut görev alanına temel teşkil eden kalkınma planları ile ilgili Anayasa'nın 166. maddesi gereğince bir kanunla düzenlendiğinden, havale konusunda yetkili makamın bu Kanun hükümünü göz ardı etmesi düşünülemez. Konu İçtüzükte düzenlenmiş olsaydı, Anayasanın geçici 6. maddesi gereğince İçtüzüğün Anayasaya aykırı olan hükümleri göz ardı edilebilirdi.

Bununla birlikte meri mevzuat doğrultusunda kanun tasarı ve tekliflerinin kuruluşunda siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında temsili esası gözetilen komisyonlar yerine iktidarın mutlak üstünlüğünün bulunduğu Plan ve Bütçe Komisyonunda görüşülmesi, iktidarın lehine bir durum teşkil etmektedir. Özellikle Mecliste üye sayısı itibarıyla muhalefete karşı mutlak bir üstünlüğü olmadan iktidar olmuş bir hükümetin söz konusu olduğu dönemlerde de bir dengesizlik yaşanacaktır. Bu durumda diğer komisyonlarda iktidarın üye sayısının muhalefete üstünlüğü çok az olmakta ve iktidarın kendi üyeleri arasından izinli, raporlu veya muhalefetle birlikte hareket eden üyelerin olması durumunda görüşülen kanun tasarısının reddedilmesi mümkün olabilmektedir. Bu riski göze alamayan iktidar için, Plan ve Bütçe Komisyonundaki mutlak çoğunluğuyla iktidar tasarılarının kabul edilmesi kolay bir yol olarak görünmektedir.

TBMM uygulamasında aşağıdaki tasarı ve tekliflerin Plan ve Bütçe Komisyonu'na genellikle esas komisyon olarak havale edildiği görülmektedir:

- Bütçe ve kesinhesap kanunu tasarıları.
- Cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarıları ile cari ve ileriki yıl bütçelerine yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve teklifleri
- Kalkınma planları ile ilgili görülen tasarı ve teklifler
- Kamu harcama ve gelirlerinde artış ve azalış gerektiren kanun tasarı ve teklifleri
- Vergi, harç, katkı payı, fon ve benzeri mali yükümlülükler getiren tasarı ve teklifler.
- Yatırım ve teşvike ilişkin tasarı ve teklifler
- Yeni teşkilat kurulmasına, teşkilatların birleştirilmesine veya kaldırılmasına ilişkin tasarı ve teklifler.
- İl-ilçe kurulmasına dair tasarı ve teklifler

---

sans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 100-101.

- Kadro ihdasını ve iptalini öngören tasarı ve teklifler.
- Kamu personelinin özlük haklarına ilişkin tasarı ve teklifler.
- Sosyal güvenliğe ilişkin tasarı ve teklifler.
- Uluslararası anlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin tasarılar.
- Özelleştirme uygulamalarına ilişkin tasarı ve teklifler.
- Gümrük mevzuatı ile ilgili tasarı ve teklifler

Bu kapsamda içeriğinde birkaç tane mali hüküm bulunan ve genel itibariyle başka bir ihtisas komisyonunun görev alanına giren büyük hacimli kanun tasarı ve tekliflerinin de Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edildiği görülmektedir.

Örneğin, 2002 yılında hukuk ve adalet hizmetlerinde görev üstlenmiş bulunan hakim, savcı, avukat, noter ve diğer personele, meslek öncesi ve meslek içi eğitimde uzmanlık programları, seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek yoluyla yeni bilgilerin kazandırılması amacıyla Türkiye Adalet Akademisi kurulmasına ilişkin kanun tasarısı doğrudan ilgili Adalet Komisyonu'na değil, Plan ve Bütçe Komisyonu'na esas komisyon olarak havale edilmiştir. Yine 2003 yılında bor konusunda araştırma yapacak, Enerji Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olarak örgütlenmiş Ulusal Bor Enstitüsü'nün kurulmasına ilişkin kanun tasarısı Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu'nun görev alanına girmesine rağmen, Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilmiştir. Aynı şekilde devlet üniversitesi kurulmasına ilişkin tasarılar da Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu yerine Plan ve Bütçe Komisyonuna, il ve ilçe kurulmasına ilişkin tasarılar da İçişleri Komisyonu yerine Plan ve Bütçe Komisyonuna esas komisyon olarak havale edilmektedir.

Esasen yeni bir teşkilatın kurulduğu, yeni kadroların ihdas edildiği, burada istihdam edilecek personelin özlük haklarının ele alındığı yasama konularında, Plan ve Bütçe Komisyonu'nun tali komisyon olarak görevli olması uygun olacaktır. Bu düzenlemeler de bütçeye yük getirecek nitelikte olduğundan, doğal olarak Plan ve Bütçe Komisyonu'nun görev alanına girmekte ve bu maddelerin Komisyon tarafından görüşülmesi gerekmektedir. Bununla birlikte esas komisyon, tali komisyonun görüşü ile bağlı olmadığından bu yöndeki bir uygulamanın Komisyon'un görev alanının gasp edilmesi ile sonuçlanması muhtemeldir.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Remzi ÇİFTİPİNAR, *Yasama Sürecinde Plan ve Bütçe Komisyonu'nun Yeri ve Etkinliği*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 120, Ankara, 2007, s. 95.

## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

Bununla birlikte esas komisyonun, yetkili olduğu yasama konusunu tüm yönleriyle değerlendirme yetkisine sahip olarak tali komisyonun ortaya koyduğu görüşle bağlı olmaması, komisyonlarının yetki alanları tartışmasının dışındadır. Bu sorun esas komisyonun tali komisyonun ortaya koyduğu görüşleri göz önünde bulundurmasını sağlayacak yeni mekanizmaların getirilmesi ile aşılabılır.

Uygulamada bazı durumlarda, meri mevzuat hükümlerinin de ötesinde Plan ve Bütçe Komisyonu’na havale edilmemesi gereken konuların da bu Komisyona havale edildiği görülmektedir.

Örneğin 21. Yasama Dönemi’nde Cumhuriyetin demokratik, laik, sosyal hukuk devleti niteliklerini değiştirmek veya bölücülük amaçlı eylemlerde bulunan ve bu nedenle işten çıkarılanların kamu kuruluşlarında ve yerel yönetimlerde çalıştırılmayacağına ilişkin *657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı* ile *22 Ocak 1990 Tarihli ve 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı* ilgisi olmadığı halde üstelik esas komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmiş, bu uygulama dönemin muhalefet partileri tarafından usul yönünden şiddetle eleştirilmiştir.<sup>66</sup>

Bu durum hükümet tarafından komisyonun nasıl tercih edilebileceği konusunda iyi bir örnek teşkil etmektedir. 22. ve 23. yasama dönemlerinde bu konunun tartışılmıyor olmasının sebebi, iktidar partisinin tüm komisyonlarda mutlak çoğunluğa sahip olmasıdır. Diğer bir deyişle fiili durumla hukuki durum örtüşmektedir. İktidarın, diğer komisyonlarda mutlak çoğunluğa sahip olmadığı durumda, bu yönde tartışmalar olması kaçınılmaz olacaktır. Yasama organında bir partinin çoğunluğu sağladığı bir sistemde, hükümetin parti disiplini aracılığıyla yasama organından kolaylıkla geçirebilmesi mümkün olacaktır. Hükümetin sayısal olarak çoğunluğu sağlayamadığı azınlık ya da koalisyon hükümetlerinin olduğu durumlarda ise ilgili yasama konularının reddedilmesi dahi söz konusu olabilecektir. Reddedilme ihtimali ise hükümeti şüphesiz sayısal ağırlığının olduğu komisyon olan Plan ve Bütçe Komisyonu’na yöneltecektir.

<sup>66</sup> 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile 22 Ocak 1990 Tarihli ve 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/427, 1/426), D. 21, YY. 3, SS. 540, TBMM Resmi Web Sitesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss540m.htm>, (Erişim Tarihi: 11/8/2010).

23. Yasama Dönemi'nde TBMM Başkanlığı havale işlemleri konusunda yeni bir uygulamaya başlamıştır. Buna göre tasarı ve tekliflerin sadece ihtiva ettiği mali hükümler değil, bütünü dikkate alarak havale işlemlerini gerçekleştirmeye başlamış ve daha önceki dönemlerde Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilen kanun tasarı ve tekliflerinin büyük bir kısmı diğer ihtisas komisyonlarına yönlendirilmiştir. Örneğin bu dönemde, (1/740) esas numaralı *Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı*, (1/805) esas numaralı *Yurt Dışı Türkler başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı*, (1/795) esas numaralı *Tarım ve Gıda Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı*, (1/820) esas numaralı *Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı* gibi kanun tasarıları Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmeyerek bütünü değerlendirilerek ilgili ihtisas komisyonlarına havale olunmuşlardır.

AB üyesi ülkelerin genelinde de bütçe komisyonlarının, bütçe kanunu ve bu kanunda değişiklik yapan kanunlar ve vergi kanunlarında yetkili oldukları ve diğer konularda ise yetkili komisyonlara görüş bildirdikleri görülmektedir.<sup>67</sup>

## **X. HAVALEYE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR**

Herhangi bir kanun tasarısı ya da teklifi içerik itibarıyla çoğu zaman birden fazla komisyonu ilgilendirdiğinden, çoğu zaman komisyonlara havale konusu komisyonlar arasında bazı uyuşmazlıklara da konu olabilmektedir. İlgili kanun tasarısı ya da teklifinin hangi komisyonlara havale edileceği ve esas ya da tali komisyonların hangileri olacağı konuları uyuşmazlıkların temel çıkış noktasını teşkil etmektedir.

Komisyonların karar alma sürecinde söz sahibi olma isteği bu uyuşmazlıkların çıkışında en önemli etkidir. Bu durum komisyonlar arasında rekabete yol açarak uyuşmazlıklara sebep olmaktadır. Özellikle toplumun beklentilerini karşılamaya yönelik bazı konuların görüşülmesi sırasında kamuoyunun dikkati, ilgili komisyona ve komisyon üyelerine yönelmekte, bu durum milletvekillerinin ülke çapında tanınmasına katkı sağlayarak yeniden seçilmelerinde birtakım üstünlükler sağlayabilmektedir. Bazı kanun tasarı ve tekliflerinin komisyonlara seçmenleri memnun etme fırsatı sunduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Özellikle mali ve ekonomik konulara ilişkin tasarı ve teklifler

<sup>67</sup> ECPRD'nin 184 numaralı sorusuna ilgili yasama meclislerinin verdiği cevaplar.



## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

bu amaca hizmet etmekte ve komisyonlar arasında ilgili konunun görüşülmesi konusunda uyuşmazlık çıkma olasılığı artmaktadır.<sup>68</sup>

AB üyesi ülkelerin yasama meclislerinde de komisyonların yetkileri ve yasama sürecinde üstlendikleri roller çerçevesinde yetki uyuşmazlıkları ortaya çıkabilmektedir.

Fransa Yasama Meclisi’nde Başkanın havale konusundaki kararı, nadiren itiraz konusu olmaktadır. Komisyonların yetki alanları konusunda herhangi bir uyuşmazlık varsa ve belirlenen komisyon konunun kendisinin yetki alanı dışında olduğunu iddia etmekteyse, İçtüzüğü’nün 85. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Başkan Hükümet temsilcisinin, kanun önerenin ve komisyon başkanlarının katıldığı bir toplantıyı müteakiben genel kurula konu hakkında bir geçici komisyon kurulmasını önerebilir. Genel kurulun bu öneriyi reddetmesi durumunda, Başkan ilgili yasama konusunun hangi komisyonda görüşüleceği konusunu genel kurulda görüşülmek üzere sunar.<sup>69</sup>

İki daimi komisyon arasında bir yasama konusunun hangisinin yetki alanına gireceği konusundaki uyuşmazlıklar, genel kurulda karara bağlanmakla birlikte bu durum nadiren vuku bulmaktadır. En son uygulama, 1979 yılında gerçekleşmiştir. Yetki alanları konusunda uyuşmazlık olmamasının en önemli nedeni, kısmen görüş için havale usulünün esnekliğine dayanmaktadır. Nitekim bu yolla, her bir komisyonun diğer bir komisyona havale edilmiş kanun önerisinin tümü ya da bazı bölümleri üzerinde görüş bildirebilmektedir.<sup>70</sup>

İngiliz Yasama Meclisi’nde, komisyonlar arasında ortaya çıkan bir yetki uyuşmazlığı bütün komisyonların başkanlarının yer aldığı bir yapı olan “*Liaison Committee*”de görüşülür ve karara bağlanır.<sup>71</sup>

Portekiz Yasama Meclisi’nde herhangi bir komisyon, Başkanın belirlediği komisyonun yetkili olmadığı görüşündeyse, beş gün içerisinde Başkanı kararını gözden geçirmesi için durumdan haberdar eder (İçt., m. 150).<sup>72</sup> Başkan, komisyonlar arasındaki yetki uyuşmazlıkları konusunda Anayasal Konu-

<sup>68</sup> ÇELİKER, *agt.*, s. 165.

<sup>69</sup> **The National Assembly in the French Institution.**

<sup>70</sup> **The National Assembly in the French Institution.**

<sup>71</sup> ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna İngiliz Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>72</sup> **Portekiz Yasama Meclisi İçtüzüğü için bkz.**

[http://app.parlamento.pt/site\\_antigo/ingles/cons\\_leg/regimento/Rules\\_of\\_Procedure.pdf](http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/regimento/Rules_of_Procedure.pdf), (Erişim Tarihi: 10/08/2010 ).

lar, Haklar, Özgürlükler ve Garantiler Komisyonu'ndan resmi bir görüş isteyebilir (İçt., m. 16).

İtalya Yasama Meclisi Temsilciler Meclisi kanadında, Başkanın havale gerçekleştirdiği havale işleminin ilanından itibaren iki gün içerisinde bir siyasi parti grubu başkanı veya 10 üye tarafından ilgili kanun önerisinin başka bir komisyona havale edilmesi önerilebilir. Başkan bu öneriyi gündeme alır ve genel kurul bir lehte bir de aleyhte konuşmacıyı müteakiben işaret oyuyla konu hakkında karar verir (İçt., m. 72/1).

İki veya daha fazla komisyon arasındaki yetki uyuşmazlığı, Meclis Başkanına sunulur. Başkan gerekli görürse, konuyu İçtüzük Komisyonuna (*Committee on the Rules of Procedure*)<sup>73</sup> sunar (İçt., m. 72/4).

Polonya Yasama Meclisi'nde ihtisas komisyonlarının yetkilerine, İçtüzüğün ekinde ayrıntılı bir yetki kataloğunda yer verilmiştir. Buna rağmen komisyonlar arasında ortaya çıkabilecek tüm yetki uyuşmazlıkları Başkanlık Divanı (*Presidium*) tarafından çözümlenir (İçt., m. 12/1).<sup>74</sup>

Belli bir konunun birden fazla komisyona havale edilmesi durumunda, bu komisyonlar arasında karma toplantılar düzenlenebilir (İçt., m. 40). Ayrıca herhangi bir konu kendisine havale edilmeyen komisyonun başkanlık divanı, üyeleri arasından ilgili komisyonun toplantılarına katılmak üzere temsilciler seçebilir. Bu temsilciler görüşmeler sırasında komisyon adına değişiklik önergesi sunabilirler, ancak oy hakları yoktur. Komisyon tarafından kabul edilmeyen önergeler konusunda söz konusu temsilcilerden biri genel kuruldaki görüşmeler sırasında söz alabilir (İçt., m. 81).

Avusturya Yasama Meclisi Ulusal Konsey kanadında komisyon, kendisine havale edilen konunun diğer bir komisyonun yetkisi dâhilinde olduğu görüşündeyse, Başkan'dan konunun söz konusu komisyon havale edilmesini talep edebilir. Komisyonlar arasında yetki uyuşmazlıkları nadiren vuku bulmaktadır. Ortaya çıkan uyuşmazlıklar, Başkanlık Divanına (*Conference of Presidents*) danışılarak Başkan tarafından çözümlenir.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> İçtüzük Komisyonu, parlamento gruplarının oluşmasını müteakiben Başkan tarafından atanan on üyeden oluşturulur. Bu Komisyona Başkan, başkanlık eder ve komisyonun görüşünü de alarak daha temsili bir nitelik kazanması için parti gruplarının oranlarını da göz önünde bulundurarak yeni üyeler atayabilir (İçt., m.16/1) (**İtalya Yasama Meclisi Temsilciler Meclisi İçtüzüğü için bkz.**,

[http://legxven.camera.it/cost\\_reg\\_funz/663/912/lista.asp](http://legxven.camera.it/cost_reg_funz/663/912/lista.asp), (Erişim Tarihi: 10/08/2010).

<sup>74</sup> **Polonya Yasama Meclisi Temsilciler Meclisi İçtüzüğü için bkz.**, [http://libr.sejm.gov.pl/oide/dokumenty/standing\\_orders\\_2009.pdf](http://libr.sejm.gov.pl/oide/dokumenty/standing_orders_2009.pdf), (Erişim Tarihi: 10/08/2010)

<sup>75</sup> ECPRD'nin 949 numaralı sorusuna Avusturya Yasama Meclisi'nin verdiği cevap.

## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

Bulgaristan Yasama Meclisi’nde, komisyonlara havale konusundaki itirazlar, havalenin ilanını müteakiben bir hafta içerisinde kanun öneren veya ilgili komisyon tarafından Meclis Başkanına yapılabilir. Meclis Başkanı, söz konusu itirazları iki gün içerisinde sonuçlandırır.<sup>76</sup>

Estonya Yasama Meclisi’nde, komisyonlardan birinin başvurusu ya da komisyonların kendi aralarında uzlaşmaları durumunda Başkanlık Divanı tarafından havale edilen komisyonun değiştirilmesi mümkündür.<sup>77</sup>

Finlandiya Yasama Meclisi’nde, komisyonlar arasındaki yetki uyuşmazlıkları, genel kurul tarafından karara bağlanmaktadır.<sup>78</sup>

Hollanda Yasama Meclisi’nde komisyonlar arasındaki yetki uyuşmazlıkları, ilgili komisyonların görevlileri (*clerks*) tarafından çözüme kavuşturulur.<sup>79</sup>

Romanya Yasama Meclisi Temsilciler Meclisi kanadında bir kanun önerisi birden fazla komisyona havale edildiğinde bu komisyonlar ortak bir rapor oluştururlar. Her bir komisyon Başkanlık Divanından ortak rapor hazırlanmasını, ortak rapor hazırlanmasına iştirakini veya diğer bir komisyona havale edilmiş konuda görüşünü sunmayı talep edebilir. Kendisine havale edilen konuyu yetki alanında görmeyen komisyon, haveden itibaren üç gün içerisinde konunun diğer bir komisyona havalesine dair gerekçeli talebini Başkanlık Divanına sunar. Başkanlık Divanı’nın bu yöndeki talebi reddetmesi durumunda, genel kurul konuyu oya sunarak karar verir.<sup>80</sup>

İspanya Yasama Meclisi Temsilciler Meclisi kanadında komisyonlar arasındaki yetki uyuşmazlıkları, Başkanlık Divanı tarafından karara bağlanır.<sup>81</sup>

Yukarıdaki örnek ülke uygulamalarında görüldüğü üzere, komisyonlar arasında yetki konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar genellikle havede yetkili olan organ ve birimler ya da bu organlara göre bir üst birimler tarafından çözümlenmektedir. İngiliz Yasama Meclisi’nde komisyon başkanlarından oluşan bir yapı tarafından çözümlenmesi ile Hollanda Yasama Meclisi’nde tama-

<sup>76</sup> ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna Bulgaristan Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>77</sup> ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna Estonya Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>78</sup> ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna Finlandiya Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>79</sup> ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna Hollanda Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>80</sup> ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna Romanya Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

<sup>81</sup> ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna İspanya Yasama Meclisi’nin verdiği cevap.

mıyla teknik görevliler tarafından çözüme kavuşturulması farklı uygulamalar olarak ortaya çıkmaktadır.

TBMM uygulamasında herhangi bir milletvekili de İçtüzüğün 73. maddesi gereğince, havale işlemine itiraz edebilmektedir. Ancak havaleye ilişkin uyuşmazlıklar esas itibarıyla komisyonlar arasında vuku bulmaktadır.

Aşağıda öncelikle milletvekillerinin havaleye itirazı, daha sonra ise komisyonlar arası uyuşmazlıklar incelenecektir.

#### **A. Milletvekillerinin Havaleye İtirazı**

İçtüzüğün 73. maddesine göre, herhangi bir milletvekili TBMM Başkanınca yapılan havale işlemine itiraz edebilecektir. İtiraza ilişkin bu hüküm, “Kanun tasarıları ve komisyonlara havale” başlığı altında olduğundan bu itirazın sadece tasarılar için söz konusu olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanun tekliflerinin havalesine milletvekillerinin itirazı ile ilgili herhangi bir düzenleme de İçtüzük’te yer almamaktadır. Bununla birlikte bu durumun bir unutkanlık neticesinde ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Nitekim, havale işleminin ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda kanun tasarısı ve teklifleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Havaleye itiraz etmek isteyen milletvekilinin oturumun başında söz alacağı hükme bağlanmış olmakla birlikte, işlemin ne şekilde sonuçlandırılacağına dair İçtüzük herhangi bir hüküm içermemektedir. Uygulamada oturumu yöneten başkan, itirazın inceleneceğini belirtmekte ve bununla yetinilmekte olup genel kurulda ayrıca bir oylama yapılmamaktadır.

“Oturumun başında” deyimine her ne kadar İçtüzükte yer verilmişse de itirazdan sonraki hangi oturum olduğu konusunda İçtüzükte herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Burada, havale işleminden milletvekillerinin haberdar olmalarının temel kıstas olarak alınması yerinde olacaktır. Başkan’ın gerçekleştirdiği havale işlemi gelen kâğıtlara girdiğine göre bu andan itibaren konunun milletvekillerinin bilgisi dâhilinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda itiraz, konunun gelen kâğıtlara girdiği tarihten sonraki ilk oturumda yapılmalıdır.

17. Yasama Dönemi’nde Balıkesir Milletvekili Cahit TUTUM ve Kahramanmaraş Milletvekili Rıfat BAYAZIT tarafından ayrı ayrı Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilen iki kanun tasarısının, sosyal içerikli olması dolayısıyla Sağlık ve Sosyal İşler Komisyonu’na da havale edilmesi gerektiği ifa-

## ***TBMM'de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

de edilerek İÇtüzüğün 74. maddesi (73. madde) çerçevesinde itirazda bulunulmuştur. Oturumu yöneten Başkan, konunun Başkanlık Divanı'nda görüşüleceğini ifade etmiş ve bir sonraki oturumda Başkanlıkça konunun tetkik edildiği ve havalelerin isabetli olduğuna karar verildiği ifade edilmiştir. Ayrıca bu havale isteminin ilgili komisyonca da talep edilebileceği gibi Plan ve Bütçe Komisyonunun da ilgili komisyondan görüş alabileceği de vurgulanmıştır.<sup>82</sup>

Başkan tarafından yapılan havalenin itiraz üzerine değişmesi, uygulamada az rastlanan bir durumdur. Bu nedenle bu maddeye dayanarak itiraz yoluna fazla başvurulmamaktadır. Bunda itiraz süresinin sınırlı olması da etkilidir.<sup>83</sup>

### **B. Komisyonlar Arasında Görüş Alma, Görüş Bildirme ve Havaleye İlişkin Uyuşmazlıklar**

Komisyonlar arasında havaleye ilişkin çıkabilecek uyuşmazlıklar, İÇtüzüğün “Görüş alma, görüş bildirme” başlıklı 34. maddesinden çıkarılabilir. Bu uyuşmazlıklar, büyük oranda “esas komisyon” olma yönünde toplanmaktadır. Tali komisyon olma yönünde talepler ise nadiren gerçekleşmektedir.

Komisyonlar arasında havaleye ilişkin uyuşmazlıklar, İÇtüzüğün 34. maddesi gereğince üç halde gerçekleşebilmektedir: Bunlar, bir komisyonun;

- kendisine havale edilen kanun tasarısı ya da teklifini bir başka komisyonun uzmanlık alanında görmesi (*diğer komisyonun esas komisyon olması yönünde*),
- konu hakkında bir başka komisyonun görüşünün alınmasını gerekli görmesi (*diğer komisyonun tali komisyon olması yönünde*),
- bir başka komisyona havale edilmiş konu hakkında görüşünü belirtmekte yarar görmesi (*kendisinin tali komisyon olması yönünde*) olarak sıralanabilir.

#### **1. Esas Komisyon Olma Yönünde**

Raporu Genel Kurul görüşmelerine esas olacak komisyon esas komisyon olduğundan, komisyonlar arasındaki uyuşmazlıklar genellikle esas komisyon olma noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu durum, İÇtüzüğün 34. maddesinde hükme bağlanmıştır. Ancak bu düzenlemenin tek yönlü olduğu görül-

<sup>82</sup> TBMM Tutanak Dergisi, D. 17, YY. 3, C. 23, B.52, 22/12/1985, s. 632-633.

<sup>83</sup> ERİKLİ, agt., s. 85.

mektedir. Bu madde gereğince, kendisine herhangi bir konu havale edilen komisyonca söz konusu konunun bir başka komisyonun ihtisası dâhilinde görülmesi durumunda gerekçeli olarak konunun o komisyona havale edilmesi, diğer bir deyişle o komisyonun esas komisyon olması talep edilebilmektedir.

Uygulamada bir komisyonun kendisine havale edilen bir işi başka bir komisyonun ihtisas alanında görüp, o komisyona havalesini istemesi pek rastlanan bir durum olmamakla birlikte buna ilişkin örnekler bulunmaktadır.

13/1/2003 tarihinde tali komisyon olarak Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm ile İçişleri komisyonlarına; esas komisyon olarak ise Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilmiş olan (1/352) esas numaralı "*İskan Kanunu Tasarısı*"nın Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonuna havale edilmesi talep edilmiştir. Anılan talep esas komisyon olması istenen komisyon tarafından da uygun değerlendirilmiş ve komisyonlar arasında uzlaşma olduğundan bu istemin, İçtüzüğü'nün 34. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca TBMM Başkanlığınca yerine getirildiği Genel Kurul'un bilgilerine sunulmuştur. Plan Bütçe Komisyonu aynı şekilde; 17/6/2005 tarihinde, (1/1054) esas numaralı "*Vakıflar Kanunu Tasarısı*"nın esas komisyon olarak Adalet Komisyonu'na havalesini talep etmiş ve bu istem de TBMM Başkanlığınca yerine getirilerek ilgili tezkere Genel Kurul'da okutulmuş bilgilerine sunulmuştur.<sup>84</sup>

Bununla birlikte uygulamada ortaya çıkması daha muhtemel bir uyumsuzluk teşkil edebilecek olan, komisyonun ilgili konunun kendisine esas komisyon olarak havale edilmesi talebine ilişkin olarak İçtüzüğü'nün anılan maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmadığından, Komisyonun, konunun kendisine esas komisyon olarak havalesini isteyip isteyemeyeceği ve bu talebin nasıl sonuçlandırılacağı konuları açık değildir. Bu durum uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır.

Zira, 21. Yasama Dönemi'nde yaşanan bir olayda; tali komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna, esas komisyon olarak Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonuna havale edilen "*Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Tasarısı*"nın kendisine esas komisyon olarak havalesi, Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından TBMM Başkanlığından istenmiştir. Başkanlık Komisyonun gerekçelerine katılmadığı gibi itirazın İçtüzüğü'nün 73. maddesinin son fıkrasına göre zamanında yapılmadığını belirterek havaleyi değişt-

<sup>84</sup> TBMM Tutanak Dergisi, D. 22, YY. 4, C. 119, B. 97, 3/5/2006, s. 18.

## *TBMM'de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

tirmemiştir. Ancak, söz konusu İçtüzük hükmü yalnızca milletvekillerinin havaleye itirazı konusunu düzenlemektedir.<sup>85</sup>

Uygulamada bu konuda başka örnekler de bulmak mümkündür. Örneğin Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından 1/2/2007'de, 7/12/2006 tarihinde kendilerine tali olarak havale olunan (2/903), (2/921) ve (2/922) esas numaralı kanun tekliflerinin İçtüzüğün 34. maddesi gereğince esas komisyon olarak kendilerine havale edilmesi talep edilmiştir. Başkanlık, Komisyonun gerekçelerine katılmamış ve İçtüzüğün 73. maddesinin son fıkrasına göre havalenin yapıldığı tarihten sonraki oturumun başında yapılabilecek itirazın zamanında yapılmadığını belirterek havaleyi değiştirmemiştir.<sup>86</sup>

Yine Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından, 7/5/2008 tarihinde, 29/4/2008 tarihinde kendilerine tali olarak havale olunan (1/570) esas numaralı “*İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı*”nın Anayasa, 3067 sayılı Kanun, İçtüzüğün 20. maddesinin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmesi talep edilmiştir. Başkanlık, Komisyonun ilgili diğer kanunların daha evvel Plan ve Bütçe Komisyonu'nda görüşülmüş olması, Tasarının bütçe dengesinin sağlanması ile doğrudan ilgili olması ve Dokuzuncu Kalkınma Planı ile ilgili olması gibi gerekçelerine katılmamış ve aşağıdaki gerekçelerle havale işlemini değiştirmemiştir:

- Tasarının belirli hükümleri kamu harcama ve gelirlerinde artış ya da azalış öngörmektedir. Mali boyutu olan her tasarının Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilmesi diğer ihtisas komisyonlarının yetki alanına müdahale etmek olacaktır.

- Havalede ilgili kanunun daha önce görüşüldüğü komisyon, daha sonra değişikliklerinin görüşüleceği komisyonların tespitinde de dikkate alınmakla birlikte bu havalede tek kriter değildir.

- İçtüzüğün 73. maddesinin son fıkrasına göre havalenin yapıldığı tarihten sonraki oturumun başında yapılabilecek itiraz, zamanında yapılmamıştır.<sup>87</sup>

Uygulamada TBMM Başkanlığı komisyonlar arasında uzlaşma varsa, İç-

<sup>85</sup> ÇELİKER, *agt.*, s. 166.

<sup>86</sup> **TBMM Arşivi**, TBMM Başkanlığının ilgili komisyona 5/2/2007 tarihli yazısı.

<sup>87</sup> **TBMM Arşivi**, Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 7/5/2008, TBMM Başkanlığının 9/5/2008 tarihli yazısı.



tüzüğün 34. maddesine göre esas komisyonu değiştirme; uzlaşa yoksa, İçtüzüğün 73. maddesine göre itirazın süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle reddetme yolunu benimsemiştir.

Bununla birlikte Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 12/5/2009 tarihli (1/704) esas numaralı “*Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı*”nın kendisine havalesine yönelik talebi TBMM Başkanlığı'nca yerine getirilmemiş; ancak gerekçe olarak itirazın İçtüzüğün 73. maddesi çerçevesinde zamanında yapılmadığı yönündeki itiraz ortaya konulmamıştır.<sup>88</sup>

Uygulamada, komisyonlar kendilerine tali olarak havale edilmiş veya hiç havale edilmemiş bir tasarı veya teklifin esas komisyon olarak havale edilmesini de 34. maddeye göre talep etmektedirler.

Anayasa Komisyonu tarafından 30/1/1997 tarihinde esas komisyon olarak Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'na havale edilmiş olan Sendikalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında (2/405) ve (2/448) esas numaralı kanun tekliflerinin; yine aynı şekilde Plan ve Bütçe Komisyonuna esas komisyon olarak havale olunan Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair (2/408) ve (2/451) esas numaralı kanun tekliflerinin esas komisyon olarak kendilerine havale edilmesi talep edilmiştir. Başkanlık tarafından Anayasa Komisyonu'nun taleplerinin ilgili komisyonlarca da uygun görüldüğü ifade edilerek, bu istemlerin İçtüzüğün 34. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince yerine getirildiği ortaya konulmuştur.<sup>89</sup>

## **2. Tali Komisyon Olma Yönünde**

Tali komisyon olma yönünde talep, kendisine havale gerçekleştirilen komisyonun konu hakkında bir başka komisyonun görüşünü gerekli görmesi veya konu hakkında kendisini ilgili gören komisyonun başka bir komisyona havale edilen konu hakkında görüş bildirmeyi talep etmesi olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>88</sup> **TBMM Arşivi**, Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 12/5/2009, TBMM Başkanlığının 21/5/2009 tarihli yazısı.

<sup>89</sup> **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 20, YY. 2, C. 44, B. 54, 4/2/1997, s. 109-110; Diğer örnekler için bkz.

Anayasa Komisyonununun 14.4.1998 tarihli talebi, **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 20, YY. 3, C. 51, B. 78, 16/4/1998, s. 10-11; Anayasa Komisyonu'nun 20.11.1996 tarihli talebi, **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 20, YY. 2, C. 14, B. 20, 20/11/1996, s. 117; Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonu'nun talebi, **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 22, YY. 5, C. 157, B. 106, 15/5/2007, s. 218; Plan ve Bütçe Komisyonu'nun talebi, **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 22, YY. 5, C.132, B. 9, 18/10/2006, s. 424.



## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

Uygulamada genellikle herhangi bir komisyona tali komisyon olarak havale yapılmamışsa bir uyuşmazlık çıkmamakta ve talebi halinde ilgili komisyona da havale gerçekleştirilmektedir.

Uygulamada TBMM komisyonları kendilerine tali olarak havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşmeme yoluna gitmektedirler. Dolayısıyla, herhangi bir konunun komisyon tarafından kendisine tali olarak havalesi talebiyle nadiren karşılaşılmaktadır.

Bununla birlikte, Kuruluş Kanunu gereği, sadece tali komisyon olabilen Avrupa Birliği Uyum Komisyonu’na bu tür taleplerde bulunulmuştur. 22. Yasama Dönemi’nde (1/746) esas numaralı “*Pasaport Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*”<sup>90</sup>, 23. Yasama Dönemi’nde ise (2/210) esas numaralı “*Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*”nin<sup>91</sup> TBMM İçtüzüğü’nün 34. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince komisyona tali komisyon olarak havale edilmesi TBMM Başkanlığından talep edilmiş ve anılan talepler TBMM Başkanlığınca yerine getirilmiştir.

Yine Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Başkanlığının, (1/984) esas numaralı “*Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Kanunu Tasarısı*”nın, kapsam itibariyle ihtisas alanına girmesi nedeniyle komisyonlarına havalesi talebi, esas komisyon olan İçişleri Komisyonu tarafından da uygun görülerek İçtüzüğü’nün 34. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü çerçevesinde TBMM Başkanlığı tarafından gereği yerine getirilmiştir.<sup>92</sup>

### **C. KOMİSYONLAR ARASINDA UZLAŞMA OLMAMASI DURUMU**

Komisyonların arasında bir uzlaşma olmaması durumunda ne olacaktır? İçtüzüğü’nün 34. maddesinin beşinci fıkrasına göre, iki komisyon arasında uyuşmazlık çıkarsa, mesele Meclis Başkanı tarafından Genel Kurul’a sunulur ve görüşme yoluyla halledilir. Bu görüşmenin ne şekilde yapılacağına dair ise İçtüzükte açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda Genel Kurul’da gerçekleşen örnek uygulamalarda ne yönde hareket edildiğini inceleyebiliriz.

<sup>90</sup> **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 22, YY. 4, C. 102, B. 30, 13/12/2005, s. 177-178.

<sup>91</sup> Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak’ın; Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile Şırnak Milletvekili Hasip Kaplan’ın; Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonları Raporları (2/210, 2/27), D. 23, YY. 2, SS. 215, TBMM Resmi Web Sitesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss215.pdf>, (Erişim Tarihi: 29/09/2010).

<sup>92</sup> **TBMM Tutanak Dergisi**, D. 22, YY. 3, C. 80, B. 79, 05/04/2005, s. 36.

15. Yasama Dönemi'nde İçişleri Komisyonu Başkanlığı tarafından, Milli Savunma Komisyonu ile Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilen “*Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanuna Ek Geçici Bir Madde Eklenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı*”nın kendi komisyonlarına da havale edilmesi İçtüzüğü'nün 35. (34) maddesinin üçüncü fıkrasına göre talep edilmiştir. Milli Savunma Komisyonu ise konu hakkında İçişleri Komisyonu tarafından bir karar alınmamış olmasını ve konunun anılan komisyonu ilgilendiren bir mahiyette olmasını gerekçe göstererek, İçişleri Komisyonunu yetkili görmemiş ve konunun ilk havalesinde olduğu gibi Plan ve Bütçe Komisyonuna intikalini Başkanlıktan talep etmiştir.

Başkanlık bunun üzerine her iki komisyonun havale konusunda aynı görüşte olmamaları dolayısıyla İçtüzüğü'nün 64. (63) maddesine göre değil, 73. maddesine göre görüşme açmıştır. Bu görüşmeler sırasında müzakerelerde esas itibarıyla komisyonların konu hakkında bir kararlarının olmadığı, dolayısıyla aralarında bir uyumsuzluk olamayacağı, İçişleri Komisyonu Başkanı tarafından yapılan talebin İçtüzüğü'nün 74. (73) maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve bunun gereğinin Genel Kurul'da müzakere açılmaksızın Başkan tarafından yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Görüşmeler neticesinde Başkanlık tarafından; İçişleri Komisyonu Başkanlığı tarafından yapılan talebin İçtüzüğü'nün 74. (73) maddesine değil, 35. maddesine göre yapıldığı ve Başkanlıkça bu çerçevede işlem tesis edildiği ifade edilerek havale hususunda herhangi bir değişikliğe gidilmeksizin ve konu hakkında herhangi bir oylama yapılmaksızın gündemin diğer maddelerine geçilmiştir.<sup>93</sup>

19. Yasama Dönemi'nde “*Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun Tasarısı*” esas komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmiştir. Anayasa Komisyonu ise konu hakkında kendisini ilgili görerek tali komisyon olma yönündeki talebini Başkanlığa iletmıştır. Anayasa Komisyonu'nun bu konuda almış olduğu karara ilişkin rapor, Plan ve Bütçe Komisyonu'na gönderilmiştir. Plan ve Bütçe Komisyonu ise Anayasa Komisyonu'nun ilgili görülmediği yönündeki görüşünü 720 sıra sayılı raporda ortaya koymuştur. Bunun üzerine dönemin TBMM Başkanvekili Yasin HATİPOĞLU tarafından Meclis Genel Kurulu'na hitaben konu açıklanmış ve İçtüzüğü'nün 64. (63) maddesine göre müzakere açılarak karara bağlanmak üzere Genel Kurul'a sunulmuştur.

<sup>93</sup> MM Tutanağı, B. 113, O.1, 17/6/1976, s. 276-288.

## *TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

Bunu müteakiben bu öneri üzerinde iki lehte iki aleyhte milletvekiline söz verilerek konu Genel Kurul’un oyuna sunulmuş ve anılan kanun tasarisının Anayasa Komisyonu’nda görüşülmemesine karar verilmiştir.<sup>94</sup> Böylece iki komisyon arasındaki ortaya çıkan uyuşmazlık Genel Kurul’da görüşme yoluyla halledilmiştir.

Görüldüğü üzere; kendisine herhangi bir tasarı veya teklifin tali komisyon olarak havale edilmesini isteyen komisyonun talebi esas komisyon tarafından uygun görüldüğü takdirde bu talep Meclis Başkanlığı tarafından yerine getirilmektedir. Esas komisyon tarafından uygun görülmez ise Meclis Genel Kurulu tarafından sorun çözülmektedir. Ancak bir komisyon herhangi bir tasarı veya teklif konusunda kendisinin esas komisyon olması gerektiğini belirtir ve bu da mevcut esas komisyon tarafından uygun görülür ise; talep eden komisyon Başkanlık tarafından esas komisyon olarak belirlenir. Şayet bu konuda bir uyuşmazlık çıkar ise İçtüzüğün 34. maddesi bu konuya bir açıklık getirmemiştir. Mevcut uygulamada ise esas komisyon olma yönündeki talep reddedilmektedir.

### **SONUÇ**

Kanun tasarı ve tekliflerinin en ayrıntılı olarak incelendiği yerler komisyonlardır. Bu nedenle ilgili komisyonlara her parti, o konudaki uzmanlaşmış milletvekillerini görevlendirmek konusunda gayret sarf etmektedir. Ancak komisyonlarda ne kadar uzman milletvekili olursa olsun, Meclis Başkanlığı tarafından konunun ihtisas alanı olmayan bir komisyona havalesi durumu ilgili komisyonların tasarı ve teklife katkı yapmalarını engellemektedir. Bu sebeple bir yasama konusu ile ilgili komisyonun tespiti çok büyük bir önemi haizdir.

Bu çalışmada, TBMM’deki havale usulü, AB üyesi ülke yasama meclislerindeki uygulamalar da ele alınarak incelenmeye çalışıldı. Bu çalışma neticesinde TBMM’deki havale usulü açısından aşağıdaki öneriler getirilebilir.

Havale usulünü net bir biçimde düzenleyen ve komisyonların görevlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içeren mevzuat olmaması komisyonlar arası görev ve yetki çatışmasının en önemli sebeplerinden birisidir. Tüm bu sorunların ayrıntılı bir şekilde düşünülerek tek bir mevzuat içinde düzenlenmesi ve bunun yerinin İçtüzük olması gerekmektedir. İçtüzük maddeleri kapsamında ayrıntılı bir yetki katoloğunun tercih edilmemesi durumunda, bunun Danimar-

<sup>94</sup> TBMM Tutanak Dergisi, D.19, YY.4, B. 24, 26/10/1994, s. 178-187.

ka ve Polonya yasama meclislerinde olduğu gibi İçtüzüğe ek bir metin olarak düzenlenmesi mümkündür.

TBMM Başkanı'nın havaleyi gerçekleştireceği zaman konusunda İçtüzükte bir düzenleme yapılabilir. Örneğin, Meclis Başkanlığına sunulan tasarı ve tekliflerin en fazla yedi işgünü içerisinde ilgili komisyona havale edilmesi zorunluluğu getirilebilir. Mevcut uygulamada kimi tasarı ve tekliflerin havalesi bir gün içerisinde gerçekleştirilebilirken, kimi tasarı ve tekliflerin havalesi ise onbeş-yirmi günü bulabilmektedir. Öneri çerçevesinde yapılacak bir düzenleme, keyfi bazı uygulamaları engelleyecektir.

AB üyesi ülke uygulamalarında, yasama sürecinde genel kurul aşamasının komisyon aşamasından önce gerçekleştirildiği uygulamalar mevcuttur. Polonya Yasama Meclisi gibi bazı ülkelerde ise bazı yasama konuları öncelikle genel kurulda görüşülmekte ve daha sonra komisyonlarda ayrıntılı görüşmeler yapılmaktadır.

TBMM uygulamasında da kanun tasarı ve tekliflerinin komisyonlara havalesi öncesinde Genel Kurul'da sınırlı bir öngörüşme yapılması, hem hükümete hem de kanun teklifini önerenlere, metinlerini açıklama fırsatı sağlayacaktır. Bu aşamada komisyonlara havale edilmemesi ya da reddedilmesi kararlaştırılan kanun tasarı ve tekliflerinin ise yasama sürecinde yer tutması engellenecektir. Bu durum ise hem hükümet hem de muhalefet açısından yasama sürecinin şeffaflığını artıracaktır. Bu uygulama Polonya Yasama Meclisi'nde olduğu gibi bazı yasama konularına da inhisar ettirilebilir.

TBMM'de tasarı ve tekliflerin birden fazla komisyonda görüşülmesi usulü uzun bir geçmişe sahip sayılabilir. Ancak bu süreçteki tecrübeler göstermiştir ki tasarı ve tekliflerin esas ve tali komisyon olarak birden fazla komisyonda görüşülmesi iyi işleyen ve yasama sürecine büyük katkıları olan bir uygulama olamamıştır. Aksine, birden fazla komisyonda görüşülme usulü bir dönemde engelleme aracı olarak da kullanılmıştır. Esas ve tali komisyondan beklenen faydanın görülemediği ülkemiz açısından bu ayrımı kaldırmak, bunun yerine havaleyi tek komisyona yapmak yerinde olacaktır. Şayet bu komisyon tasarı veya teklifin herhangi bir bölümü veya bir maddesi ile ilgili diğer ihtisas komisyonlarının görüşünü almak isterse, o konuyla sınırlı olmak üzere görüş alabilmelidir. Her yasama konusu iş için Meclis Başkanlığınca re'sen esas ve tali komisyona birlikte havale yapılması usulünden vazgeçilmelidir. Nitekim AB üyesi ülke yasama meclislerinde de genel uygulamanın tek bir

## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

komisyona havale olduğu görülmektedir. Belirlenen komisyon da ilgili görülen diğer komisyonlardan görüş alabilmektedir.

Mevcut sistemde yer alan esas-tali komisyon ayrımının korunması durumunda ise komisyonların işyüklerini dengeleyecek, tali komisyonların ve konu ile ilgili ihtisas sahibi komisyonların yasama etkinliğini artıracak aşağıdaki değişikliklerin yapılması düşünülebilir.

Öncelikle mali nitelikte hükümler ihtiva eden her tür kanun tasarı ve tekliflerinin Plan ve Bütçe Komisyonu’na havalesini mevzuat olarak sınırlandıran hükümler kaldırılmalıdır. Bu bağlamda 3067 sayılı Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendindeki “*en son olarak*” ibaresi maddede metninden çıkartılarak kalkınma planlarıyla ilgili tasarı ve tekliflerin diğer komisyonlara da esas komisyon olarak gönderilebilmesi sağlanabilir. Uygulamada da bu yönde bir usul geliştirilmelidir. Bu çerçevede mali nitelikte olan tasarı ve tekliflerin Plan ve Bütçe Komisyonu dışında başka bir komisyonda görüşülmesi, hem Plan ve Bütçe Komisyonu’nun iş yükünün hafifletilmesi hem de görüşülen işin daha ayrıntılı görüşülmesini sağlamak bakımından yararlı olacaktır.

Bununla birlikte bütçe dengelerini etkileyebilecek bu tür kanun tasarı ve tekliflerinde Plan ve Bütçe Komisyonu’nun görüşünün alınmasını ve göz önünde bulundurulmasını sağlayacak yönde mevcut esas-tali komisyon ayrımında ek usuller de getirilebilir. Bu husus, tali komisyon olacak olan Plan ve Bütçe Komisyonu’nun görüşünün esas komisyon tarafından bağlayıcı olması ya da esas komisyonda nitelikli çoğunlukla reddedilebilmesi şeklinde bir usul getirilerek oluşturulabilir. Bunun dışında ayrıca, esas komisyon tarafından göz önünde bulundurulmayan görüşlerinin, Genel Kurul’da bir temsilcileri aracılığıyla sunulması ve son kararın Genel Kurul’a bırakılması da başka bir yol olarak görülebilir.

Plan ve Bütçe Komisyonu’nun tali komisyon olarak etkinliğini artırmaya yönelik yukarıda ifade edilen öneriler diğer tali komisyonlar için de uygulanabilir.

Diğer yandan Anayasa’nın 162. ve 164. maddeleri bütçe kanunu tasarıları ve kesinhesap kanunu tasarılarını incelemek üzere Bütçe Komisyonu’nun kurulacağını belirtmiştir. Bütçe komisyonunda bilindiği üzere iktidar partisinin mutlak bir ağırlığı vardır. Bunun nedeni de Hükümetin genel siyasetinin bir aracı olan bütçe kanununun bütünlüğünün ve tutarlılığının Bütçe Komis-

yonunda bozulmasını önlemektir. 3067 sayılı Kanun ile Plan ve Bütçe Komisyonuna hangi tür tasarı ve tekliflerin havale edileceği de düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da görüldüğü üzere bu Kanun çerçevesinde Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilemeyecek neredeyse herhangi bir kanun tasarısı veya teklifi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Plan ve Bütçe Komisyonunun 3067 sayılı Kanunda yer alan “*en son olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna havale eder*” hükmünden yola çıkılarak esas komisyon olarak belirlenmesinin Anayasa’ya da uygun olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü Anayasanın 95. maddesi “*İçtüzük hükümleri, siyasi parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir.*” hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm karşısında da Meclis’teki kanun tasarısı ve tekliflerini görüşen komisyonların tamamı siyasi partilerin üye sayısı oranında kurulmuştur. Anayasa gereği kurulan Bütçe Komisyonu hariç bu komisyonlarda iktidara herhangi bir üstünlük tanınması söz konusu değildir. Bundan dolayı bütçe ve kesin hesap kanun tasarıları haricindeki kanun tasarısı ve tekliflerinin esas komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonunda görüşülmesinin Anayasaya uygunluğu tartışmalıdır. Anayasa’ya aykırı olan bu durumu önlemek amacıyla; Plan ve Bütçe Komisyonunun salt Anayasa ile kendisine verilen bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmekle görevli kılınmasının ve diğer mali konulardaki tasarı ve tekliflerin normal usullere göre kurulacak iktidara ağırlık sağlamayan “*maliye komisyonu*” veya “*finans komisyonu*” gibi bir komisyonla görüşülmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Diğer yandan AB üyesi ülke uygulamaları da göz önünde bulundurulduğunda birden fazla komisyonun yetki alanını ilgilendiren yasama konularının bu komisyonların geçici karma komisyon toplantılarında görüşülmesi ve ortak bir rapor hazırlanmasının yaygın uygulama olduğu görülmektedir. Ülkemizde de bu yönde bir uygulama getirilebilir. Bu uygulamaya Meclis Başkanının inisiyatifi ile ya da ilgili komisyonların uzlaşması durumunda gidilmesi düşünülebilir.

Uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması hakkında kanun tasarılarının Dışişleri Komisyonuna esas komisyon olarak havale edilmesi de anılan komisyonun işyükünü artırmakta ve söz konusu anlaşmaların komisyonca ayrıntılı incelenmesini engellemektedir. Bu kanun tasarılarının diğer ihtisas komisyonlarında esas komisyon olarak incelenmesi bu sorunu ortadan kaldıracak ve ilgili alanda ihtisas sahibi olan komisyon tarafından işin görülebilmesi yoluyla komisyonlar arasında dengeli bir işyükü dağılımını sağlayacaktır.

## ***TBMM’de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi***

Ayrıca TBMM’de komisyonlar arasında havaleye ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların ne şekilde çözüme kavuşturulacağı konusunda net bir düzenleme de mevcut değildir. Havaleye kimlerin ya da hangi organların, hangi süre içerisinde, ne kapsamda itiraz edebilecekleri ve bu itirazların hangi yapı içerisinde çözüme kavuşturulacağı konusunda net düzenlemelere gidilmesi yerinde olacaktır. İtirazın Genel Kurul’da, Başkanlık Divanı’nda veya İngiliz Yasama Meclisi’nde olduğu gibi komisyon başkanlarından oluşan bir yapı içerisinde çözümlenmesi düşünülebilir.

### **KAYNAKÇA**

**Collins Dictionary and Thesaurus in One Volume**, Hyper Collins Publishers, Glasgow, 1994.

ÇELİKER, Ercan, **Türkiye’de Yasa Yapma Süreci**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2006.

ÇİFTEPINAR, Remzi, **Yasama Sürecinde Plan ve Bütçe Komisyonu’nun Yeri ve Etkinliği**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 120, Ankara, 2007.

ERİKLİ, Hasan, **1982 Anayasası’na Göre Yasa Yapım Süreci**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.

EROĞUL, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri (İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya)**, Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Kırangıç Yayınevi, Ankara, 2006.

European Centre for Parliamentary Research and Documentation (ECPRD) Web Sitesi, **“Referring Draft Legislation to Parliamentary Committees”**, ECPRD’nin 184 numaralı sorusuna ilgili yasama meclisleri cevapları, <http://www.ecprd.org>, (Sınırlı Erişim), (Erişim Tarihi: 07/06/2010 ).



European Centre for Parliamentary Research and Documentation (ECPRD) Web Sitesi, “**Committees, External Relations and Governing Bodies in Parliaments**”, ECPRD’nin 949 numaralı sorusuna ilgili yasama meclisleri cevapları, <http://www.ecprd.org>, (Sınırlı Erişim), (Erişim Tarihi: 10/07/2010 ).

KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, **Yasama Meclisinde Komisyonlar**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1965.

KOEKKOEK, Adriaan Kornelis, “Ireland”, **Constitutional Law of 15 EU Member States**, Lucas PRAKKE, Constantijn KORTMAN (Eds.) içinde, Kluwer Legal Publishers, Netherlands, 2004, s. 419-458.

“**Know Your Parliament (A Guide to the Houses of the Oireachtas)**”,

[http://www.oireachtas.ie/parliament/media/housesoftheoireachtas/contentassets/documents/Oireachtas\\_lowres.pdf](http://www.oireachtas.ie/parliament/media/housesoftheoireachtas/contentassets/documents/Oireachtas_lowres.pdf) , (Erişim Tarihi: 10/8/2010).

MATTSON, Ingvar; STROM, Kaare, “Parliamentary Committees”, , **Parliaments and Majority Rule in Western Europe**, Herbert DÖRING (ed.) içinde, Campus/St. Martin’s, Frankfurt/New York, 1995, s. 249-308.

MATTSON, Ingvar; STROM, Kaare, “Committee Effects on Legislation”, **Patterns of Parliamentary Behaviour**, Herbert DÖRING, Mark HALLERBERG (eds.) içinde, Ashgate Publishing, England, 2004, s. 91- 111.

McLEAN, Iain; McMILLAN, Alistair, **Oxford Concise Dictionary of Politics**, Oxford University Press, Oxford, 2003.

OLSON, David M.; VAN DER MEER-KROK-PASZKOWSKA, Ania; SIMON, Maurice D.; JACKIEWICZ, Irena, “Committees in the Post-Communist Polish Sejm: Structure, Activity and Members”, **The Journal of Legislative Studies**, 4:1, 1998, s. 101-123.

**Online Etymology Dictionary**,

<http://www.etymonline.com/index.php?search=committee&searchmode=none>, (Erişim Tarihi: 22/07/2010).

**Parliaments of the World (A Comparative Reference Compendium)**, Second Edition, Volume II, Interparliamentary Union, 1986.



*TBMM'de Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Komisyonlara Havalesi*

PRAKKE, Lucas, “The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland”, **Constitutional Law of 15 EU Member States**, Lucas PRAKKE, Constantijn KORTMAN (Eds.) içinde, Kluwer Legal Publishers, Netherlands, 2004, s. 863-927.

ROBERTSON, David, **A Dictionary of Modern Politics**, Third Edition, Europa Publications, United Kingdom, 2002.

**Spanish Constitution and Standing Orders of the Congress**, General Secretariat of the Congress Publishing Department, Madrid, 2002.

**Standing Orders of the Folketing**, Folketing, October 2009.

STROM, Kaare, “Parliamentary Committees in European Democracies”, **The New Roles of Parliamentary Committees**, Lawrence D. LONGLEY; Roger H. DAVIDSON (eds.) içinde, Frank Cass, London, 1998, s. 21-59.

Temsilciler Meclisi Kütüphanesi (The Library of Congress), “How Our Laws Are Made”, <http://thomas.loc.gov/home/lawsmade.bysec/introtocomm.html>, (Erişim Tarihi: 15/8/2010).

TEZİÇ, Erdoğan, **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

**The Constitution of Sweden (The Fundamental Laws and The Riksdag Act 2003)**, The Swedish Parliament, Stockholm, 2004.

**The German Bundestag- Functions and Procedures**, Neue Darmstadter Verlagsanstalt, Rheinbreitbach, 2006.

The National Assembly in the French Institution,

[http://www.assembleenationale.fr/english/synthetic\\_files/file\\_32.asp](http://www.assembleenationale.fr/english/synthetic_files/file_32.asp), (Erişim Tarihi: 7/5/2010).

The Parliamentary System of Denmark, Folketinget,

[http://www.ft.dk/~media/Pdf\\_materiale/Pdf\\_publicationer/English/The%20Parliamentary%20System%20of%20Denmark\\_A4\\_Opslag\\_24s%20pdf.ashx](http://www.ft.dk/~media/Pdf_materiale/Pdf_publicationer/English/The%20Parliamentary%20System%20of%20Denmark_A4_Opslag_24s%20pdf.ashx), Mart 2009.

TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam, **British Government and the Constitution**, Cambridge Universtiy Press, Sixth Edition, 2007.

**Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük**, 10. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları: 549, Ankara, 2005.

WHITE, Wilbur W., **White's Political Dictionary**, The World Publishing Company, Ohio, 1947.

**World Encyclopedia of Parliaments and Legislatures**, Congressional Quarterly Inc., Vol. 1-2, Washigton D.C., 1998.

YAPICI, Havvana, **Özel Yasama Yöntemleri ve TBMM Örneği**, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, TBMM Genel Sekreterliği, Ankara, 2005.

YAPICI, Havvana, “Komisyonların Yasama Sürecindeki Rollerini Bağlamında Komisyon Aşamasındaki Özel Yöntem ve Uygulamalar”, **Yasama Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran 2007, S. 5, s. 57-81.

ZANDER, Michael, **The Law Making Process**, Sixth Edition, Cambridge University Press, New York, 2004.

# ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİNİN KAMU HİZMETİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME\*

Yakup GÖNEN\*\*

## Özet

*Çalışmada elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği tartışılmıştır. Çıkan sonuç elektrik piyasasının düzenlenme ve denetlenmesine ilişkin idarenin yürüttüğü faaliyetlerin genel anlamda kamu hizmeti olduğuna şüphe olmamakla beraber, “iletim” ve “dağıtım” faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine ait özellikleri taşıdığı ancak “üretim” ve elektrik ticaretine ilişkin faaliyetlerin kamu hizmeti olmadığı yönündedir.*

*Anahtar Sözcükler : Kamu Hizmeti, Elektrik Piyasası*

## AN EVALUATION ABOUT THE QUALITY OF PUBLIC SERVICE ACTIVITIES OF ELECTRICITY MARKET

### Abstract

*In this study, the quality of public service activities of electricity market are discussed. As a result, electricity market regulation and supervision relating to the administration of the activities carried out of the general sense of public service as “transmission” and “distribution” activities of public service nature of the characteristics that only “production” however, it is concluded that electricity trading activities related to public service, are not public service.*

*Key Words : Public Service, Electricity Market*

## I. Genel Olarak Kamu Hizmeti Kavramı

Devlet, toplumun müşterek ve zaruri ihtiyaçlarının giderilmesi ve uyumun sağlanması için birçok faaliyet<sup>1</sup> yürütür. Genel anlamda idari faaliyetin konusunu kamu hizmetlerinin yürütülmesi oluşturur<sup>2</sup>. Bu bakımdan bazı kay-

\* Bu makale “Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü” isimli doktora tezi çalışmasından türetilmiştir.

\*\* Gazi Üniversitesi Doktora Öğrencisi

<sup>1</sup> Bu faaliyetler doktrinde, genelde, “milli güvenliğin korunması, kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi, özendirme ve destekleme faaliyetleri, içdüzen faaliyetleri (özyönetim faaliyetleri), planlama faaliyetleri vb.” başlıklar altında ele alınmaktadır. Bkz. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 9. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s. 21-23; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 27.

<sup>2</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin

naklarda “kolluk” ve “özendirme - destekleme” gibi faaliyet türleri de kamu hizmetinin birer türevi olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup> Fakat ayırıcı özellikleri dolayısıyla, pedagojik açıdan da faydalı olduğu için, bu kavramlar, doktrinde farklı başlıklar altında ele alınmaktadır.

Kamu hizmeti, idare hukukunun en temel kavramlarından biri olarak kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Kamu hizmetinin konusunu toplumun gündelik ihtiyaçlarını karşılamak için idarece sunulan edimler<sup>5</sup> ve bu edimlerin düzenli, sürekli ve nesnel bir şekilde sunulması için yapılan düzenlemeler oluşturur.

İdare, kamu hizmetlerini kendisi bizzat yürütebileceği gibi özel hukuk kişilerini kullanarak<sup>6</sup> da hizmetlerin yürütülmesini sağlayabilir. Yürütülen tüm kamu hizmetlerinde faaliyet özel hukuk kişilerinince gerçekleştirilse dahi, hizmetin asıl sorumlusu idaredir. İdare, hizmeti kendi yürütmediği halde de bu faaliyetleri, gözetim ve denetimle yükümlüdür. Bu yönüyle kamu hizmetlerinin yürütülmesi idare için bir “ödev”dir.<sup>7</sup>

Kamu hizmeti kavramı gerek küreselleşmenin veya küresel oyuncuların<sup>8</sup> müdahalesiyle, gerekse teknolojik ve toplumsal yaşamın etkisiyle değişime uğrasa da idare hukuku bakımından öneminden bir şey kaybetmemiştir.<sup>9</sup>

Yayımları, Ankara, 2009, s. 33.; Benzer doğrultuda Bkz. **ROLLAND**, Louis, Hukuku İdare, Çev. İbrahim Ali, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1933, s. 19.; **GİRİTLİ, İsmet/ BİLGEN, Necip/ AKGÜNER, Tayfun**, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s.845.; Aksi görüş için Bkz. **DURAN, Lütfi**, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.303.

<sup>3</sup> **ONAR, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 21; **ÖZAY, İl Han**, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 223.; **AKYILMAZ, Bahtiyar**, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 342.; **GÜLAN, Aydın**, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 152.; Kolluk faaliyetlerinin kamu hizmet olarak nitelendirileceği yönünde Bkz. **KIRATLI, Metin**, Korumucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayını, Ankara, 1973, s. 28.

<sup>4</sup> **DUGUIT**, Traité de Droit Constitutionnel, 2 e. Ed.III, 1923, p.41’den naklen **ROUVIÈRE, Jean** (Çev. Vecihî Tönük): İdarî Sözleşmeler, İdare Dergisi, Y.21, 1950, S. 205, s. 76.; **GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER**, s. 845.

<sup>5</sup> **GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER**, s. 817.; Çalışmamızda “kamu hizmeti” kavramı bu dar anlamıyla kullanılacaktır.

<sup>6</sup> Kamu hizmetinin yürütülmesi, kamu gücü kullanma gibi ayrıcalıkların tanınmasını gerektirir. Bu nedenle kamu hizmetlerinin kamu tüzel kişilerinince yürütülmesi kural, özel kişilerce yürütülmesi istisna olarak kabul edilmiştir. Bkz. **ATAY**, İdare Hukuku, s. 478.

<sup>7</sup> **ÖZAY**, Günışığında Yönetim, s. 227.

<sup>8</sup> 2004 yılında Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)’nün kurulmasıyla sonuçlanan ve 25.2.1995 tarihinde TBMM’de de onaylanan Marakeş Anlaşmasında kamu hizmeti “Ticari bir temelde ve bir veya birden çok hizmet sunucusuyla rekabet içinde verilemeyen hizmet...” olarak tanımlanmaktadır. Tanımda kamu hizmetinin “jandarma devlet”i ifade eder nitelikte olabildiğince dar tutulduğu gözlemlenmektedir.

<sup>9</sup> **AKYILMAZ**, İdare Hukuku, s. 329.

## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

Fakat artık pek çok alanda üreten değil düzenleyen, denetleyen ve yaptırım uygulayan bir idare ile karşılaşmaktayız. Bu bize kamu hizmetinin zayıfladığını değil daha çok biçim değiştirdiğini<sup>10</sup> gösterir. Özellikle “şebeke endüstrisi”<sup>11</sup> olarak adlandırılan elektrik iletim ve dağıtım, demiryolu ulaşımı ve telefon hizmetlerinin ortaya çıkması idarenin sorumluluğunu artırmıştır.<sup>12</sup>

Kamu hizmeti çeşitliliklerinin artması, kamu hizmetinin hukuksal rejiminin de değişmesine ve zenginleşmesine yol açmaktadır. Ancak bu durum, kamu hizmetinin idare hukukunun kapsamını belirleme ölçütü olma özelliğinin de zayıflamasına neden olmaktadır.<sup>13</sup>

Yayla, kamu hizmetlerinin değişime uğramasında Fransa’da yer alan tartışmalardan hareketle özellikle şu noktaların etkili olduğunu ortaya koymaktadır:<sup>14</sup>

(i) ABD ve İngiltere’de başlayan serbestleşme hareketlerinin Avrupa Birliği tarafından da benimsenmesi;

(ii) Teknolojik gelişmeye bağlı olarak artan fiyat ve hizmet rekabetinin kamu aleyhine sonuç doğurması ve halkın özel teşebbüslerin sağladığı hizmet kalitesini kamu hizmeti sunan kurumlardan da bekleme;

(iii) Kamu hizmetlerinde çalışanların zamanla kendi çıkarlarını, hizmet alanların yararlarının önüne geçirmesi ve kamu hizmeti savunuluyormuş görüntüsü altında kişisel menfaatlerin savunulmaya başlanması.

Bir kısmı olumlu olan bu gelişmeler kamu hizmeti işlev, ilke ve özelliklerinin gözden geçirilmesine yol açarken Avrupa Birliği kurallarına uyum yönünde gelişim göstermektedir.<sup>15</sup>

Son dönemlerde devlete biçilen yeni rolün kamusal hizmetleri yürütmekten çok bu faaliyetlerin yürütülmesinde hakemlik yapma olduğu gözlen-

<sup>10</sup> Atay, kamu hizmetinin “bazen uygulama alanını genişleterek bazen de daraltarak, uygulama yöntemlerinde değişiklikler meydana getirerek ... varlığını hep devam ettireceğini”, ancak hiçbir zaman tamamen yok olmayacağı” belirtmiştir. Bkz. ATAY, İdare Hukuku, s. 477.

<sup>11</sup> Bu terim, bir faaliyetin ancak ağa bağlı olarak yürütüldüğü telekomünikasyon, demiryolu ve elektrik gibi alanları ifade eder.

<sup>12</sup> Bu nedenle Duguit, modern devletlerde kamu hizmetinin artarak devam edeceğini belirtmektedir. Bkz. DUGUIT, Leon, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1954, s. 76.

<sup>13</sup> YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayını, İstanbul, 2009, s. 97.

<sup>14</sup> YAYLA, s. 97-99.

<sup>15</sup> YAYLA, s. 99.

mektedir. Bu durum devletin artık piyasada bizzat aktör olan değil piyasanın kurallarını koyan denetleyen ve yaptırım uygulayan bir mekanizma şeklinde karşımıza çıkmasına yol açmaktadır. Bu faaliyetlerin bütünü “regülasyon işlevi”<sup>16</sup> olarak tanımlamak mümkündür.

Çalışmada, kamu hizmetinin niteliğinde yaşanan bu değişim, elektrik piyasası faaliyetleri açısından değerlendirilecektir.

## **II. Elektrik Enerjisinin Özel Nitelikleri**

Elektrik enerjisi termik, hidrolik, nükleer vb. santraller aracılığıyla üretilen ikincil bir kaynaktır.<sup>17</sup> Elektriğin üretildiği birincil enerji kaynaklarının bir kısmı petrol ve doğalgaz gibi tükenen ve pahalı yakıtlardan oluşmaktadır. Bir başka birincil kaynak ise kömürdür. Ülkemizde önemli linyit kaynakları bulunmakla birlikte bu yolla üretilen elektriğin çevreye olumsuz etkisi diğer kaynaklara göre daha fazladır. Jeotermal, rüzgâr ve güneş enerjisi gibi bazı kaynaklar ise yetersiz veya istikrarsızdır.<sup>18</sup> Hidroelektrik ve nükleer santraller, üretimin ucuz olmasını sağlamakla birlikte, yapım aşamasında ciddi bir “batık sermaye”<sup>19</sup>ye ihtiyaç duyurmaktadır.

<sup>16</sup> Gülan, bu kavramı “belli bir faaliyete ilişkin olarak ‘oyunun kurallarının belirlenmesi’ (düzenleme) ve bu kurallara riayetini sağlanması (denetim) olarak” tanımlamaktadır. **GÜLAN, Aydın**, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, İçinde: İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 140.; “Regülasyon” kavramına yönelik doktrinde benzer tanımlar getirildiği gözlemlenmektedir: “(B)ir alanı planlama, organizasyon, düzenleme, denetleme, koruma ve yaptırım uygulamayı içeren, dolayısıyla bir bütün olarak idarenin... (kamu hizmeti, kolluk, planlama gibi diğer görevlerini)... kapsayan melez ancak kendine özgü bir görevdir.” Bkz. **AYANOĞLU, Taner**, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 13., S. 1-3, 2003, s. 69.; Ulusoy’a göre regülasyon “belli bir alanda belli bir faaliyete ilişkin olarak ‘oyun kurallarının’ belirlenmesi yani o alanın organize edilmesi (düzenleme işlevi) ve bunun kontrol edilmesini (denetim işlevi) içerir.” **ULUSOY, Ali**, “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, S. 100, 1999, s. 6.; Aynı doğrultuda Bkz. **GÜNDAY**, İdare Hukuku, s. 502.; **ASLAN, İ. Yılmaz**, “Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi”, Rekabet Kurumunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 1, 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 30.

<sup>17</sup> **GÜL, İbrahim**, Rekabetçi Bir Elektrik Enerjisi Sektörü İçin Pazara Girişin Düzenlenmesi, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı – Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara, 2002, s. 604.

<sup>18</sup> Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ) 2006 Raporuna göre Türkiye’de termik kaynaklar 27.337,2 MV, hidrolik kaynaklar 13.060,9 MW, rüzgar 58.1 MW, jeotermal 22,9 MW kurulu güce sahiptir. EÜAŞ, Yıllık Rapor, 2006, s. 18.

<sup>19</sup> “Batık sermaye”, bir hizmeti sunabilmek veya malı üretebilmek için gerekli olan ancak bir kere kullandıktan sonra bir başka yere kullanılamaması nedeniyle önemli değer kaybına uğrayan sermayedir. Örneğin elektrik dağıtımı için altyapı harcaması yapan bir girişimci sonradan bu sektörden çıkmak istediğinde kullanılan malzemeyi bir başka yere nakletme imkânına

## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

Yirminci yüzyıl boyunca özel hukuk kişilerince işletilen elektrik hizmetleri, daha sonra tekel haline dönüştürülerek dikey bütünleşik yapı<sup>20</sup> içinde işletilmeye başlandı. Bu tekel işletmelerine, faaliyet alanlarıyla ilgili hizmetleri erişilebilir fiyatlarla, sürekli ve düzenli olarak yürütmesi yönünde bazı “kamu hizmeti yükümlülükleri” getirilmiştir.<sup>21</sup>

Elektrik piyasasındaki faaliyet alanları, doğal tekel niteliği taşıma ve rekabete açıklabilirlik gibi konular bakımından, farklı karakterlere sahiptir. Elektrik iletimi için talep edilen aşırı ücret ve harç miktarının yanında,<sup>22</sup> bazı alanlarda yüksek alt yapı maliyetleri ve batık sermaye unsuru elektrik hizmetlerinin serbestleşmesi ve rekabete açılmasının önünde ciddi engeller oluşturmuştur.<sup>23</sup>

Bunun yanında ekonomik bir depolama potansiyelinin olmaması, talep noktasında görülen dalgalanmalar ve buna rağmen elektrik enerjisinde ortaya çıkacak bir kesintinin doğuracağı yüksek maliyet gibi hususlar elektrik hizmetlerinin düzenleyici rejimleri üzerinde ciddi etkiler bırakmıştır.<sup>24</sup>

### **A. Doğal Tekel Niteliği**

Elektrik piyasasında verimlilik, bazı sektörlerde ölçüğe göre artmaktadır.<sup>25</sup> Örneğin üretim arttıkça, üretimin ortalama maliyeti de düşebilmektedir. Bu durumda iktisadi etkenlik, ancak sınırlı sayıda firma ile gerçekleştirilebilir ve bir doğal tekel ortaya çıkar.<sup>26</sup> OECD'nin yaptığı tanımlamada

---

sahip olamayacaktır. Bkz. **ATİYAS, İzak**, “Regülasyon ve Rekabet: Atölye Çalışması”, 15-16 Mart 2001 Tarihli Regülasyon ve Rekabet Konulu Sempozyumda Sunulan Tebliğ, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 31-32.

<sup>20</sup> Dikey bütünleşik yapı, bir faaliyet alanında üretimden perakende satışa kadar olan sürecin tek firma tarafından yapılması durumunu ifade etmek için kullanılır.

<sup>21</sup> **ROSSI, Jim**, “Universal Service in Competitive Retail Electric Power Markets: Whither the Duty to Serve?”, HeinOnline—21Energy L.J., 2000, s. 27.

<sup>22</sup> **OTTINGER, Richard L./ MATHEWS Lily/ CZAHOR, Elizabeth Nadia**, “Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities”, Zillman el at. (eds.), *Beyond Carbon Economy*, Oxford University Press, 2008. s. 189

<sup>23</sup> **CAMERON, Peter Duncanson**, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, 2. Ed., Oxford University Press, 2007, s. 21.

<sup>24</sup> **CAMERON**, *Competition in Energy Markets*, s. 22.

<sup>25</sup> “Ölçek ekonomileri” olarak da adlandırılan bu alanlarda hizmet üretimi azalan maliyet koşuluна göre yapılmaktadır. Toplam üretim ve maliyet artarken, kişi başına hizmet maliyeti düşmektedir.

<sup>26</sup> Ölçüğe göre verimin artması nedeniyle belli alanlarda sadece bir firmanın faaliyet göstermesi gerektiği piyasa yapısına doğal tekel adı verilir. Benzer bir tanım için bkz.: **PAŞAOĞLU, M. Ömür**, *Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Se-

doğal tekel, hizmetlerin tüketiciye en az maliyet veya en fazla net fayda ile ulaşmasının ancak bir firma veya belirli sayıda seçilmiş araçlarla sağlanabildiği durumları ifade etmektedir.<sup>27</sup>

Elektrik enerjisinin doğal tekel olarak kabul edilmesinde, genel olarak, şu unsurlar ön plana çıkmaktadır:<sup>28</sup>

(i) Büyük ölçekte depolanmasının mümkün olmaması;

(ii) Talep ve arz dengesinin sağlanmasının sürekli bir koordinasyon ve denetim gerektirmesi;

(iii) Ölçeğe dayalı bir ekonomiye<sup>29</sup> sahip olması;

(iv) Şebeke inşasının ciddi bir batık sermaye ve zaman gerektirmesinin yanında alternatif bir şebeke kurmanın ekonomik olmaması.

Daha önce doğal tekel olarak kabul edilen bazı alanlar, yaşanan değişimlerle zamanla rekabete açılabilir. Üretim faaliyetleri, yatırım maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle, önceleri doğal tekel kapsamında kabul edilse de gelişen teknolojik imkânlar bu durumu ortadan kaldırmıştır.<sup>31</sup> Teknolojideki gelişmeler sayesinde artık üretim küçük ölçekte de ekonomik koşullar içerisinde yapılabilmektedir.<sup>32</sup> Bu nedenle günümüzde üretim sektöründe doğal tekel durumu söz konusu değildir, piyasada kamusal bir kurum olan Elektrik Üretim Anonim Şirketinin (EÜAŞ) yanında pek çok özel müteşebbis üretim yapmaktadır.<sup>33</sup>

Ancak elektrik dağıtım ve iletim faaliyeti halen doğal tekel olarak kabul edilmektedir.<sup>34</sup> Elektrik tüketicilere ulaşması için kurulan iletim ve dağıtım

---

risi No: 14, Ankara, 2003, s. 7.

<sup>27</sup> OECD, Regülatory Reform, Privatization And Competition Policy, Paris, 1992, s. 12.

<sup>28</sup> ÇAKAL, Recep, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, Yayın No: 2455, 1996, s. 18.

<sup>29</sup> Telekomünikasyon ve elektrik gibi bazı sektörlerde kullanıcı miktarının artması birim başına maliyetin düşmesine neden olmaktadır.

<sup>30</sup> STIGLITZ, Joseph E., "Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries", <http://www.worldbank.org/knowledge/chiefecon/articles/beijing.pdf>, Beijing, China, 1999, s. 22. (Erişim: 10.11.2009)

<sup>31</sup> ZENGİNOBUZ, Ünal, "Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon", 24 Şubat 2000 Tarihinde Rekabet Kurumunda Sunulan Tebliğ, Perşembe Konferansları, S. 5, Ankara, s. 103.

<sup>32</sup> ZENGİNOBUZ, s. 103.

<sup>33</sup> 2006 yılında Türkiye'nin elektrik üretiminin %48,11'i EÜAŞ, %51,89'u özel müteşebbisler tarafından karşılanmıştır. Bkz. EÜAŞ, Yıllık Rapor, 2006, s. 20.

<sup>34</sup> Dağıtım faaliyeti bölgesel düzeyde de olsa tekel niteliğini devam ettirmektedir.



## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

şebekeleri yüksek oranda “batık sermaye” gerektirmektedir. Elektriğin üretildiği alandan dağıtım yapılacak bölgeye taşınmasında iletim hatlarına ihtiyaç vardır. Aynı güzergâhta kurulacak ikinci bir hat maliyeti aynı oranda artıracaktır. Elektrik iletimi bu nedenle ülke çapında tekel olarak yürütülmektedir.<sup>35</sup> Üretim de olduğu gibi dağıtımda da benzer durum söz konusudur. Aynı mahalle ve sokakta mevcut bir şebeke varken ikinci bir şebeke kurulması ekonomik açıdan uygun olmayacaktır. Bu nedenle dağıtım faaliyetinin her bölge için bir firma tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluğu tekel durumuna yol açmıştır.<sup>36</sup>

### **B. Organizasyon İhtiyacı**

Elektrik enerjisi ısıtma, soğutma ve aydınlatma gibi farklı alanlarda kullanıldığı için mevsimsel ve günlük olarak çok değişken bir talep eğrisi vardır. Bu nedenle elektrik arzının, zirve-talep şeklinde de ifade edilen noktadan daha fazla veya en azından bu noktaya eşit olması gerekmektedir. Bu kaçınılmaz olarak atıl bir kapasitenin varlığı ve zorunluluğu anlamına gelmektedir.

Elektriğin az üretilmesi halinde, hem fiyatı artacak hem de buna bağlı hizmetlerin aksamasından doğan alternatif maliyet yükseltecektir. Diğer yandan kapasite fazlası yatırımlar veya al ya da öde şeklinde ifade edilen sözleşmeler nedeniyle ihtiyaç fazlası üretilen ve bu nedenle tüketilemeyen ve boşa giden enerji de fiyat artışı olarak tüketiciye yansımaktadır.

Elektriğin büyük ölçüde stoklanması teknik açıdan mümkün olmadığından üretilen elektriğin derhal kullanılması gerekmektedir.<sup>37</sup> Zaman dilimi içerisinde büyük farklılıklar gösteren enerji talebinin kesintisiz olarak karşılanması zorunluluğu karşısında işletici elinde büyük bir atıl kapasite bulundurmamak durumundadır. Bu nedenle arz ve talep dengesinin iyi işlediği bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Özellikle üretim ve iletim arasında, dikey bir koordinasyonun sağlanması zorunludur.<sup>38</sup>

Elektrik hizmetlerinin organizesinde, koordinasyonun yanında ciddi bir planlamaya ihtiyaç vardır. Bu planlama, gündelik faaliyetlerin yürütülmesin-

<sup>35</sup> Enerji alanında yürütülen serbestleştirme çalışmalarında iletim faaliyeti kapsam dışı tutulmuştur. 4628 sayılı Kanunda (m.2/3/b) iletim faaliyetlerinin bir kamu kurumu olan Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) eliyle yürütülmesini öngörülmektedir.

<sup>36</sup> **GÜLTEKİN, Banu/ ÖNAL, Emre/ AKÇAOĞLU, Can**, “Çeşitli Ülkelerdeki Gelişmeler”, Enerji Hukuku: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ekin Yayınları, Bursa, 2007, s. 70.

<sup>37</sup> **KARAKILIÇ, Hasan**, Hukuki Açıdan Elektrik Piyasası: Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 9.

<sup>38</sup> **PAŞAOĞLU**, s. 43.

de olduğu kadar uzun vadede elektrik arzının güvenceye alınması için de zorunludur. Planlamanın sadece enerji temininde değil iletim ve dağıtım şebekelerinin etkin olarak işlemesine<sup>39</sup> yönelik yapılması da önemli bir diğer husustur. Kolluk yetkilerini de içeren planlama, denetim, gözetim ve hatta koordinasyon ihtiyacının kamu eliyle yürütülmesi daha isabetlidir.

### **C. Regülasyon İhtiyacı**

Elektrik hizmetleri uzunca bir dönem “emanet usulüyle” yürütülmüştür. Bugün ise halen bazı alanlarda idarenin hâkimiyeti devam etse de özelleştirme ve serbestleştirme çalışmaları büyük bir ivmeyle devam etmektedir. Elektrik piyasasının hassas karakteristiği regülasyonun önemini ortaya koyduğu gibi, serbestleşmenin önündeki engeller ve sorunlar da regülasyonun yoğunluğunun artırılması gerektirmiştir.<sup>40</sup> Özelleştirilen diğer alanlarda da olduğu gibi elektrik piyasasında da, hem kamu hizmeti niteliği taşıyan faaliyetlerin denetimi hem de kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi suretiyle sektörün regülasyonunun sağlanması için bir üst kurul ihtiyacı doğmuştur.

Gelişmiş ülkelerde özel sektörü cezbedecek kurumsal ve hukuki yapı genelde mevcut olduğu için bu konuda ciddi bir yatırım sıkıntısı çekilmemektedir. Ancak gelişmekte olan ülkelerde özel sektöre güven verecek, piyasa risklerinin öngörülebilir olmasını sağlayacak yapıların yeterince oturmuş olması yatırım imkânlarının yeterince kullanılamamasına yol açmaktadır. Bunu telafi edebilmek için öngörülen yüksek gelir garantili teşvikler ise oluşması arzulanarak rekabet ortamının sağlanmasını engelleyebilir.<sup>41</sup> Ayrıca, piyasaya olan güveni sağlayabilmek için, bağımsız ve tarafsız bir yapının varlığı da arzulanarak hedefe ulaşmada önemli rol oynar.

Aynı zamanda elektrik sektörü bir şebeke endüstrisidir. Şebekeye dâhil olmadan tüketiciye ulaşım mümkün değildir. Yukarıda da ele alındığı üzere, bir şebekenin mevcut olduğu sahada ikinci bir şebeke açmak ekonomik bakımdan imkânsız olduğu için elektrik piyasasının şebeke ile ilgili olan faaliyetleri doğal tekel niteliği taşımaktadır. Elektriğin kamu kurumu eliyle tekel olarak iletim ve dağıtımının yapıldığı durumlarda sıkıntı olmasa da bu alan-

<sup>39</sup> Elektrik iletim hatlarındaki verimliliğin başarılı bir enerji piyasası için gerekliliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. **CRAMPES, Claude/ LAFFONT, Jean-Jaques**, “Transport Pricing in the Electricity Industry”, Oxford Review Economic Policy, Vol. 17, No. 3, s. 313-328.

<sup>40</sup> **TOMAIN, Joseph P./ CUDAHY, Richard D.**, Energy Law, Thomson-West, 2004, s. 81.

<sup>41</sup> **ZENGİNOBUZ**, s. 104.

## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

ların özel sektöre<sup>42</sup> açılması halinde bir regülasyon kurumunun varlığına ihtiyaç vardır.

Elektrik sektöründe iki tür regülasyon gözlemlenmektedir. “Teknik regülasyon” olarak da adlandırılabilir birinci tür regülasyonda hizmetin üretim, iletim ve dağıtımında güvenlik ve uyumu sağlayacak olan standartların belirlenmesi ve bu yönüyle piyasa aktörlerinin denetlenmesi söz konusudur. Bu konu çevre kirliliğinden enerji arz güvenliğine kadar pek çok hususu içermektedir. Bu konuya ilişkin düzenlemelerin, sektörü bilen uzman kurumlarca yerine getirilmesi önemlidir.<sup>43</sup>

Tam rekabetin sağlanamadığı piyasalarda fiyatların doğrudan veya dolaylı olarak düzenlenmesi ise “ekonomik regülasyon” olarak ifade edilebilir.<sup>44</sup> İktisadi bir yaklaşımla regülasyon, piyasadaki mal ve hizmetin belirli bir kalite ve güvenlik içinde sunulması yanında, sosyal refahın artırılması ile piyasadaki oyuncuların kâr maksimizasyonunun sağlanması arasında denge kurmayı hedefler<sup>45</sup>.

Aslan, bu tür regülasyonun genellikle rekabet kurallarının işlemediği sektörlerin toplumsal refahı sağlayacak şekilde düzenlenmesi ve denetlenmesine yönelik bir faaliyet olduğunu belirtmektedir.<sup>46</sup> Serbest rekabet kuralları işlerlik kazandığı oranda “ekonomik regülasyon” ihtiyacı azalır.<sup>47</sup> Oysa tekeller bir piyasa yapısında hizmetin, güvenli ve etkin sunumunun yanında tüketiciler açısından ödenebilir koşullarda ulaşılabilirliği için bağımsız bir regülasyon kurumuna ihtiyaç vardır. Bu şekilde pazar gücünün kötüye kullanılmasının engellenmesi ve ekonomik etkinliğin artırılması hedeflenmektedir.<sup>48</sup>

Elektrik üretim faaliyetlerinin rekabet ortamı içinde yürütülmesi günümüz koşulları içinde yürütülmesi mümkün olmakla beraber, iletim ve dağıtım faaliyetlerinin doğal tekel olma özelliklerini koruması bu kademeler arasında teknik regülasyonun sağlanmasını gerekli kılmaktadır.<sup>49</sup> İletim ve dağıtım fa-

<sup>42</sup> CAMERON, Competition in Energy Markets, s. 22.

<sup>43</sup> ZENGİNOBUZ, s. 113.

<sup>44</sup> ZENGİNOBUZ, s.113.

<sup>45</sup> PAŞAOĞLU, s. 15.

<sup>46</sup> ASLAN, Rekabet Kurumu, s.30.

<sup>47</sup> ZENGİNOBUZ, s. 113.

<sup>48</sup> ÇAKAL, s. 37.

<sup>49</sup> ZENGİNOBUZ, s. 103-104. Ancak, “iletim” faaliyetinin kamu eliyle yürütülecek olması, bir kamu kurumu üzerinde uygulanacak regülasyonun etkinliği üzerinde tartışmalara yol açabilir.

aliyetlerinde teknik regülasyonun yanında sistemin rekabete açık kısımlarının etkilemesini önleyecek nitelikte erişilebilir fiyatlandırma ve ağa ulaşım kolaylığının sağlanması için ekonomik regülasyonun da sağlanması gereklidir.<sup>50</sup>

### **III. Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme**

Toplumsal ihtiyaçların önceliğine ilişkin bir sıralama yapılırsa, enerjinin, özellikle de elektrik enerjisinin bu listede ilkler arasına gireceği şüphesizdir. Elektrik enerjisi, bireysel ihtiyaçların karşılanmasında olduğu kadar, sanayi faaliyetlerinin yürütülmesinde de ikamesi mümkün olmayan bir girdiyi ifade etmektedir.

Elektrik enerjisine ilişkin faaliyetleri, temel olarak “üretim”,<sup>51</sup> “iletim”,<sup>52</sup> “dağıtım”<sup>53</sup> ve “ticaret”<sup>54</sup> başlıkları altında toplamak mümkündür. Hizmetin kesintiye uğramasının alternatif maliyetleri çok yüksek olacağı için bütün bu faaliyetlerin bir koordinasyon içinde yürütülmesi şarttır.

Elektrik piyasası faaliyetlerinin arz güvenliğini ve kamu hizmeti gerekliliklerini sağlayacak uyum içinde yürütülmesi adına düzenleme, denetleme ve kolluk faaliyetlerinde bulunma işlevlerini yerine getiren kamu kurumlarının yaptığı şüphesiz bir kamu hizmeti faaliyetidir.<sup>55</sup>

Bir faaliyet alanının kamu hizmeti olarak tespit edilmesi, beraberinde özel müteşebbisin hürriyetine yönelik bir sınırlamayı da getirir.<sup>56</sup> Bu sınırlama kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli araç gerci temin ederken ortaya çıkacağı gibi, bireylerin eşit şartlarda sözleşme yapma özgürlüğüne yönelik de olabilir. İktisadi yönü bulunan bir alanın kamu hizmeti olarak kabul edilmesi, bu alanın özel girişimciye kısmen veya tamamen kapatılmasına yol açabilir.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> ZENGİNOBUZ, s. 115.

<sup>51</sup> “*Üretim*”, enerji kaynaklarının, elektrik üretim santrallerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesidir. (EPK. m.11)

<sup>52</sup> “*İletim*”, elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36kV üzerindeki hatlar aracılığıyla naklin ifade eder. (EPK. m.12)

<sup>53</sup> “*Dağıtım*”, elektrik enerjisinin 36kV ve altındaki hatlar aracılığıyla naklini ifade eder. (EPK, m.13)

<sup>54</sup> Ticareti “toptan satış” ve “perakende satış” olarak ayırmak ta mümkündür.

<sup>55</sup> Ekmek fırınlarının ve bakkalların yaptığı faaliyeti kamu hizmeti gibi nitelendirmek mümkün olmamakla beraber, bu işletmelerin faaliyetlerini düzenli ve hijyen kuralları içinde yerine getirmesi için belediyenin yürüttüğü faaliyetlerin “kolluk” unsurlarını içermenin yanında, hizmetlerin ücret tarifelerini belirlemede olduğu gibi, idari kamu hizmeti yönü de bulunmaktadır.

<sup>56</sup> DURAN, İdare Hukuku, s. 313.

<sup>57</sup> TİRYAKİ, Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.

## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

Oysa Anayasa (m.48) herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu ve özel teşebbüslerin serbestçe kurulacağını genel kural olarak ortaya koymuş; çalışma özgürlüğünü devletin saygı göstermesi gereken bir konu olarak düzenlemiştir. İşverenler diledikleri alanda faaliyette bulunabilme ve buna paralel olarak istediği işi ve işyerini seçme özgürlüğüne sahiptirler.<sup>58</sup> Oysa devletin bir alanı kamu hizmeti olarak düzenlemesi kişi hak ve hürriyetlerini, özellikle de çalışma hürriyetine sınırlama getirmektedir.<sup>59</sup> Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin ölçülülük ilkesi çerçevesinde kanunla sınırlanabileceği düzenlemeleri karşısında iktisadi bir alanın kamu hizmeti olarak belirlenmesinde anayasal uygunluk önem arz etmektedir.

Ekonomik anlamda büyük oranda entegre olmuş bir dünya düzeni içinde, kamu hizmetini belirlemede, Anayasaya uygunluğun yanında uluslararası yapılanmanın da etkisi göz ardı edilemez. Özellikle Avrupa Birliği, Gümrük Birliği gibi milletlerarası antlaşma ve oluşumlar ve rekabet kuralları kamu hizmetinin dar yorumlanmasına neden olmaktadır.<sup>60</sup>

Bu nedenle kamu yararını gerçekleştirme adına elektrik piyasasında yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin ayrı ayrı ele alınması gerekir.

Doktrinde, kamu hizmeti genel bir tanımla, yasama organının belirlediği konularda idarenin bizzat yürüttüğü veya idarenin denetim ve gözetiminde özel hukuk kişilerince yürütülen, kamusal ihtiyacı tatmin ve kamu yararı amacı taşıyan faaliyetler olarak ifade edilmektedir.<sup>61</sup> Bazı kaynaklarda bu tanıma “*özel bir hukuksal düzen içinde yürütülen etkinlikler*”,<sup>62</sup> “*sürekli ve düzenli etkinlikler*”,<sup>63</sup> ifadeleri de eklenmiştir.

---

226-227.

<sup>58</sup> **ALGAN, Bülent**, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 261.

<sup>59</sup> **KIRATLI**, s. 7.

<sup>60</sup> **YAYLA**, s. 97.

<sup>61</sup> **AKYILMAZ**, İdare Hukuku, s. 331.; **GÜNDAY**, İdare Hukuku, s. 296.; **ATAY**, İdare Hukuku, s. 480.; **GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku, C. 2, 2. Bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 266.

<sup>62</sup> **ROLLAND**, s. 21.; **GİRİTLİ /BİLGEN/AKGÜNER**, s. 846.

<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi, 28.6.1995 Tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 Sayılı Karar, RG. 20.3.1996, S. 22586; Anayasa Mahkemesi, 1.12.1994 Tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 Sayılı Karar, R.G: 24.01.1995, S. 22181.

Özay, ancak “*genel ve karşılanamaması halinde kamu düzeninin bozulacağı*” ve özel müteşebbisler tarafından yeterince yerine getirilemeyen hizmetlerin kamu hizmeti olarak düzenlenebileceğini belirtmektedir.<sup>64</sup> Bu görüşü esas alan bir kamu hizmeti tanımı denemesinde<sup>65</sup> ise “*(t)oplumdaki bir gereksinim rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçesiyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsamında dâhil edilmek üzere, idare tarafından yürütülen faaliyetler(in)*” kamu hizmeti olarak adlandırılacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, ülke güvenliğini zaafa uğratmama kaydıyla,<sup>66</sup> idarece verilecek ruhsat çerçevesinde özel kişilerin rekabet içerisinde yürütebilecekleri faaliyetler<sup>67</sup> kamu hizmeti tanımının dışında kalmaktadır.

Kamu hizmetinin kurulmasında ve kaldırılmasında asli yetki yasama organında olmakla beraber, bu yetkinin kullanılması Anayasal ve uluslararası düzenlemelerle uyumlu olmak durumundadır. Elektrik piyasasında, üretim ve dağıtım lisansına sahip olan özel hukuk kişilerinin lehine yapılan kamulaştırma, üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına doğrudan bir müdahale anlamına gelmektedir. Bu durumda, mülkiyet hakkına ve girişim özgürlüğüne büyük kısıtlamalar getiren, kamu hizmetinin oluşumunun, ancak kanunla tesis edilmesi<sup>68</sup> ve bu yapılırken Anayasada (m.13) yer alan “**kanunla sınırlama**” ve “**ölçülülük**” ilkeleriyle de uyarlı olunması gerekmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğini taşıyıp taşımadığını öncelikle sorgulamak gerekir.

4628 sayılı Kanun (m.2) elektrik piyasası faaliyetlerini: “*piyasada faaliyet gösterecek tüzel kişilerin üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, perakende satış hizmeti, ticaret, ithalat ve ihracat faaliyetleri*” olarak sıralamıştır.

Kanunda (m2/b) elektrik enerjisi “iletim” faaliyetinin ancak tekel niteliğinde ve Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi tarafından yürütülebilece-

<sup>64</sup> ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 231.

<sup>65</sup> ÇAL, Sedat, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, Y. 2007, s. 622.

<sup>66</sup> Çal, yasa koyucunun enerji, orman ve maden işletmeciliği gibi stratejik öneme sahip bazı faaliyet alanlarını rekabet ortamında gerçekleştirme olanağı bulunsa dahi kamu hizmeti olarak tesis edebileceğini öngörmektedir. Bkz. ÇAL, Tanım Denemesi, s. 615.

<sup>67</sup> ÇAL, Tanım Denemesi s. 621.

<sup>68</sup> KIRATLI, s. 7.; KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti: Kavramsal ve Hukuksal Rejim, 2. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 258. ; TİRYAKİ, s. 252.

## ***Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği***

ği düzenlenmiştir. Diğer faaliyetlerde ise kamu tüzel kişilerinin yanında, özel hukuk tüzel kişilerinin de hizmetlerin yürütülmesine katılabileceği öngörülmüştür. Elektrik piyasası faaliyetlerinin yürütülmesinde kamu-özel ayrımı yapılmaksızın, kural olarak, lisans alınması zorunluluğu getirilmiştir.

4628 sayılı Kanun (m.14/2), Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu'nun görevlerini düzenlerken “(Elektrik piyasasında) ... tüzel kişilerin yetkili oldukları faaliyetleri ve bu faaliyetlerden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini tanımlayan Kurul onaylı lisansların verilmesinden, işletme hakkı devri kapsamındaki mevcut sözleşmelerin bu Kanun hükümlerine göre düzenlenmesinden, piyasa performansının izlenmesinden, performans standartlarının ve dağıtım ve müşteri hizmetleri yönetmeliklerinin oluşturulmasından, tadilinden ve uygulattırılmasından, denetlenmesinden, bu Kanunda yer alan fiyatlandırma esaslarını tespit etmekten, piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarını tespit etmekten ve bu fiyatlarda enflasyon nedeniyle ihtiyaç duyulacak ayarlamalara ilişkin formülleri uygulamaktan ve bunların denetlenmesinden ve piyasada bu Kanuna uygun şekilde davranılmasını sağlamaktan sorumlu (olduğunu belirtmiştir.)”

Anayasa Mahkemesi, kararlarında elektrik üretim, iletim ve dağıtım ile ilgili etkinliklerin kamu hizmeti olduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre: “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, ‘kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir’ denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.”<sup>69</sup>

Danıştay'ın AKTAŞ kararında da “(bir kamu kurumunun denetim ve gözetimi altında) bir özel girişimci tarafından kamuya sağlanan, elektrik üretimi, iletimi, dağıtım tesislerini kurmak ve işletmek, ticaretini yapmak şeklindeki hizmet bir kamu hizmetidir”<sup>70</sup> denilmek suretiyle, aynı doğrultuda karar verilmiştir.

<sup>69</sup> Anayasa Mahkemesi 9.12.1994 Tarih ve E. 994/43, K. 994/42-2 Sayılı Kararı, RG. 24.1.1995, S. 22181, s. 21.

<sup>70</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 29.04.1993 Tarih, E. 1991/1, K. 1993/1752, Sayılı Karar, Danıştay Dergisi, S. 88, s. 464.



Yüksek Mahkemeler genelde ayırım yapmaksızın elektrik piyasasına ilişkin tüm faaliyetlerin kamu hizmeti olduğu yönünde içtihat ortaya koymuştur. Ancak, faaliyet bazında değerlendirme yapan ve elektrik üretimi için kamu hizmeti nitelendirmesi yapan yargı kararları da bulunmaktadır.<sup>71</sup>

Kanaatimizce, elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti yönü incelenirken her bir faaliyet alanını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Elektrik enerjisinin özel nitelikleri ele alınırken belirtildiği üzere bu faaliyet alanları farklı karakterleri bünyesinde barındırmaktadır. Doğal olarak, bunlara uygulanan hukuki rejim ve ilgili alanlarda faaliyet gösterecek kişilere getirilecek yükümlülükler de farklı olacaktır.

4628 sayılı Kanun (m. 2/4/b) “iletim” faaliyetinin ancak Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi tarafından yürütülebileceğini düzenlemiştir. Kanun bu Kuruma ayrıca yük dağıtımını ile frekans kontrolünü gerçekleştirme, uluslararası bağlantı (enterkoneksiyon) çalışmalarını yapma, tüm sistem kullanıcılarına şebeke yönetmeliği ve iletim lisansı hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin iletim ve bağlantı hizmeti sunma gibi yükümlülükler getirmektedir.

“Dağıtım” faaliyeti açısından ele aldığımızda da 4628 sayılı Kanun (m.2/4/c) dağıtım şirketlerinin lisanslarında belirtilen bölgelerdeki tesislerde yenileme, ikame ve kapasite artırım yatırımlarını yapma, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm sistem kullanıcılarına, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtımını ve bağlantı hizmeti sunma yükümlüğü getirmiştir.

Kanunda ve ilgili yönetmeliklerde iletim ve dağıtım faaliyetini yerine getirecek işletmelerin uyması gereken yükümlülükler açıkça düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi doğrudan hizmetin aksamasına yol açacak niteliktedir. Bu nedenle elektrik piyasası faaliyetlerinden iletim ve dağıtımın kamu hizmeti niteliği taşıdığı görülmektedir.

Üretim faaliyetleri için gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kamu hizmeti niteliği taşıdığı görüşü ağırlıktadır. Ulusoy, elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğunu kabul etmekle birlikte Batılı ülkelerde üretim faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak görülmediğini belirtmektedir.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 6.2.2002 Tarih, E. 1999/2407, K. 2002/347 Sayılı Karar. (DBB); Danıştay Onüçüncü Dairesi, 27.11.2006 Tarih, E. 2005/5304, K. 2006/4486 Sayılı Karar. (DBB)

<sup>72</sup> ULUSOY, Ali, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Et-



## ***Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği***

Ancak, gerek doktrindeki genel eğilim, gerekse Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın aksi yönde kararlarına rağmen, kanaatimizce elektrik üretim ve ticaretine ilişkin faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması görüşüne tereddütle bakmak gerekir. Bu yaklaşımımızın iki temel nedeni vardır:

Birincisi, Elektrik Piyasası Kanunu üretim faaliyetlerini düzenlerken daha çok, lisans sahibi kişilerin haklarına ve negatif yükümlülüklerine<sup>73</sup> yer vermiştir. Her ne kadar Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde (m.19/c) “(m)ücbir sebepler ile yıllık programlı bakım takvimi dışında, üstlenilmiş bulunan yükümlülükler yerine getirilecek şekilde üretim tesisinin işler halde tutulacağı” düzenlenmiş olsa da bu durumu hizmetin aksamamasına yönelik bir kolluk tedbiri olarak değerlendirmek mümkündür.

İkincisi ise, bazı üretim faaliyetlerinin lisans zorunluluğu dışında bırakılmış olmasıdır. Örneğin, kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere elektrik enerjisi üretimi yapan ve iletim veya dağıtım şebekesi ile bağlantı tesis etmeden çalışan tesis veya ekipmana sahip gerçek veya tüzel kişilerin lisans alma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Aynı şekilde, belli bir kapasitenin altında üretim yapan yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı tesisler de lisans almaksızın faaliyette bulunabilmektedir.

Her ne kadar otoprodüktör grupları elektrik üretimi için lisans almak zorunda ise de bu faaliyet doğrudan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik sayılamaz. Bu nedenle söz konusu üretim faaliyetlerinin kamu hizmetinde olması gereken nitelikleri taşımadığı görülmektedir. Kural olarak bu üretim faaliyetleri için lisans alınması zorunlu olsa da, bu lisanslama işlemi idarenin hizmetin yürütülmesindeki içsel bir denetimden çok kolluk kapsamında yapılan bir ruhsat işleminin izlerini taşımaktadır.

Örneğin, Anayasa (m.168) tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olduğunu düzenlemektedir. Devlet bu hakkını belli süreler için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Tabii servet kaynaklarının arama ve işletilmesinin özel hukuk kişileri eliyle yapılabilmesini kanunun açık iznine bağlanmıştır. Azrak, bu Anayasa hükmünün tek başına tüm maddenlerin arama ve işletilmesi faaliyetlerini, idare hukuku bağlamında, kamu

kisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. 48, S. 1-4, s. 176, Dipnot 32.

<sup>73</sup> Elektrik Piyasası Kanunu'nda (m.2/4/a/2) yer alan “(h)erhangi bir gerçek kişinin ya da özel sektör tüzel kişisinin kontrol ettiği üretim şirketleri aracılığıyla sahip olacağı toplam elektrik enerjisi kurulu gücü(n), bir önceki yıla ait yayımlanmış Türkiye toplam elektrik enerjisi kurulu gücünün yüzde yirmisini geçeme(yeceği)” hükmü, serbest rekabetin sağlanması adına tedbirler getirmektedir.

hizmeti haline dönüştürmeyeceğini ifade etmektedir.<sup>74</sup> Bu bağlamda, maden çıkarma için verilen ruhsatları kamu hizmetlerinin görülme usulleri arasında saymak mümkün değildir. Bu ruhsatlar salt kolluk mahiyetinde verilmediğine göre doktrinde ele alındığı üzere kamu hizmeti ve kolluk kapsamında verilenin dışında kira sözleşmesi benzeri bir “ruhsat” kategorisi ortaya çıkmaktadır.

Kamu hizmetinin tespitinde, hizmet için idarenin özel kişi lehine kamulaştırma yapmasını kriter olarak ortaya koymak mümkün olsa da tek başına yeterli değildir. Salt kamusal varlıkların ekonomiye kazandırılması ve gelir elde etmek maksatlı yürütülen maden çıkarma faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelendirilmediği halde, bazı madenler için idare özel kişi lehine kamulaştırma yapabilmektedir. Bu bağlamda, her ne kadar Elektrik Piyasası Kanunu (m.15) üretim lisansı alan özel kişi lehine kamulaştırma yapılabileceğinden bahsetse de bu düzenleme üretim faaliyetinin kamu hizmeti olduğu sonucunu doğurmaz.

Sonuç olarak, elektrik piyasasında özel hukuk kişilerin yürütülen dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti olduğu kabul edilmekle beraber, kanaatimizce üretim ve ticaret gibi faaliyetlerin yürütülmesi tek başına kamu hizmeti olarak nitelendirilmemelidir. Bu faaliyetlerin yürütülmesi esnasında idarece yapılan denetimin de bir yönüyle kolluk kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak üretim faaliyeti, hidroelektrik üretim lisansında olduğu gibi, kamuya ait bir hakkın devrini gerektiriyorsa bu faaliyet için verilen lisansları maden işletme ruhsatındakine benzer şekilde, doğrudan kamu hizmetine yönelik olmayan ve de kolluk niteliğinin dışında özellikler taşıyan ayrı bir kategori içinde değerlendirmek gerekir.

Elektrik Piyasası Kanunu (Geçici madde 9) 31.12.2012 tarihinde sona erecek geçiş döneminden bahsetmektedir. Bu dönem süresince, tüm hesaplar ayrıştırılarak tutulmakla beraber, ulusal tarife uygulamasının gerekleri çerçevesinde çapraz sübvansiyon uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanunda (Geçici madde 10) Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi (TETAŞ) ve Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ) tarafından enerji alım-satımına ilişkin geçiş dönemi anlaşmaları imzalanacağı belirtilmiştir. Bu noktadan hareket eden bir çalışmada, 31 Ocak 2012 tarihine kadar sınırlı olmak kaydıyla, geçiş dönemi boyunca, TETAŞ ve EÜAŞ tarafından yürütülen faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edileceğini belirtilmektedir.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> AZRAK, Ali Ülkü, “Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 1980, s. 4.

<sup>75</sup> ERGÜN, Çağdaş Evrim, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara, Çakmak Yayınevi,

## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

Bu alanda yapılan bir çalışmada, kamu kurumlarının faaliyetlerine belli süre için istisna getirerek, bizimle aynı doğrultuda elektrik piyasası faaliyetlerinden sadece elektrik “iletim” ve “dağıtım” faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğu, üretim ve ticari faaliyetlerin pozitif hukuk açısından kamu hizmeti olarak nitelendirilemeyeceğini kabul edilmiştir.<sup>76</sup>

### **IV. Elektrik Kamu Hizmetinin Ölçütleri**

Doktrinde kamu hizmetinin tanımlanmasında bazı ölçütler ortaya konmuştur. Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı tespit edilirken bu ölçütlerden sadece birini almak yerine bir arada değerlendirerek sonuca ulaşmak daha doğru bir yöntem olacaktır.

Elektrik piyasası faaliyetleri, kamu hizmeti niteliği irdelenirken, kamusal bir ihtiyacı tatmine ve “kamu yararı”<sup>77</sup> amacını gerçekleştirmeye yönelik olmayı ifade eden “maddi ölçüt”<sup>78</sup>, “*belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü(nü)*”<sup>79</sup> ifade eden “organik ölçüt” ve hizmetin kamusal yönetim biçimlerine tâbi olmasını ve serbestçe yürütülememesini<sup>80</sup> ifade eden “şekli – biçimsel ölçüt” açısından kısa bir değerlendirmeye tâbi tutulacaktır.

#### **A. Maddi Ölçüt**

Kamu hizmetinde maddi ölçütün “kamu yararı” kavramını karşıladığı daha önce ifade edilmişti. Kamu yararı günün koşullarına göre değişen bir kavram olduğundan, bunu belirlemede temel irade yasakoyucuya aittir. Yasakoyucu bu idaresini, siyasetin iç dinamikleri doğrultusunda, hizmetin niteliğine, içinde bulunduğu toplumun ihtiyaç ve taleplerine uygun olarak kullanmak durumundadır.

---

2010, s. 123-126.

<sup>76</sup> Kamu yararının temel özelliği tartışılabilir olmasıdır. Bkz. **AKILLIOĞLU, Tekin**, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 9, S. 1-3, 1989, (Prof.Dr. Lûtfi Duran’a Armağan), s. 22.

<sup>77</sup> **AKYILMAZ**, *İdare Hukuku*, s. 330.

<sup>78</sup> **GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, s. 293.

<sup>79</sup> **AKYILMAZ**, *İdare Hukuku*, s. 330.

<sup>80</sup> Özel işletmelerin de büyük bir çoğunluğunda kamuya hizmet etme maksadı vardır. Fakat özel işletmelerin bu faaliyetleri doğrudan idarenin denetimi altında gerçekleşmez. Bkz. . **DERBİL, Süheyy**, *İdare Hukuku*, C.1., 3. Bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1950, s. 390.

İnsanı ilgilendiren her faaliyet<sup>81</sup>, içinde bulunduğu döneme ve anlayışa göre, zaruri ihtiyaç statüsü kazanmaya elverişli olduğundan, kamu hizmeti olmaya da elverişlidir<sup>82</sup>. Günümüzde idarenin yaptığı ama kamu yararına yönelik olduğu tartışmalı<sup>83</sup> pek çok faaliyet olduğu gibi, tamamen özel kişiler tarafından ve kendi inisiyatiflerinde<sup>84</sup> kamusal ihtiyaçları gidermek maksadıyla gerçekleştirilen faaliyetler de bulunmaktadır<sup>85</sup>.

Elektrik enerjisi, kullanım alanının genişliği nedeniyle toplumsal yaşamın en zorunlu ihtiyaçları arasına yer alır. Aydınlanma ve sanayide ikamesi neredeyse imkânsız bir enerji kaynağıdır.<sup>86</sup> Kamu hizmetinin maddi ölçütü olarak nitelendirilen “kamuya yararlılık” ve giderilmesinde zorunluluk bulunan temel ihtiyaçlar için bir sıralama yapılırsa elektrik hizmetlerinin en üst sıralara yerleşeceği görülür.

Elektrik, sadece mesken tüketicilerinin ihtiyaçlarını karşılayan bir araç değil, tüm idari, ticari ve sınıfl faaliyetlerin girdisidir.<sup>87</sup> Doğrudan ihtiyacın karşılanmasının yanında, hemen her türlü ürün maliyetinin önemli bir girdisini oluşturması nedeniyle de ülke kalkınması için hayati değer taşımaktadır. Bu nedendir ki bütün dünyada “enerji arz güvenliği” ülke politikalarının ilk gündem maddeleri arasına girmiştir. Elektrik enerjisi üretiminin çevre üzerindeki olumsuz etkileri de göz önüne alındığında sürdürülebilir bir kalkınmanın üstün bir otorite tarafından planlanması ve denetlenmesinde “kamu yararı” bulunduğu ve “kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıdığı” açıktır.

Kamu hizmeti olarak belirlenen bir alanda idarenin hizmeti yerine getirmeme gibi bir takdir yetkisi yoktur. İdare bu görevi hizmetin sürekliliğini sağlayacak şekilde yürütmek durumundadır. Kamu hizmetlerinde temel maksat “kamu yararı” olduğu için bu hizmeti yürüten kişilere diğer bazı üstün ve

<sup>81</sup> DURAN, İdare Hukuku, s. 304.

<sup>82</sup> Devletin kontrolünde yürütülen millî piyango, spor toto faaliyetleri; bir dönem Sümerbank’ın ayakkabı üretmesi, vb.

<sup>83</sup> Derneklerin sosyal yardımlaşma faaliyetleri; dolmuş, ticari taksi, fırın, bakkal işletmeciliği vb.

<sup>84</sup> AKYILMAZ, İdare Hukuku, s. 330.

<sup>85</sup> AKCOLLU, F. Yeşim, Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 6.

<sup>86</sup> 2006 yıl sonu istatistiklerinde fatura edilen elektrik enerjisinin tüketim gruplarına dağılımı şu şekilde gerçekleşmiştir: “Mesken: 33 500 283 MWh.; Sanayi: 35 162 516 MWh.; Ticaret: 18 633 017 MWh.; Resmî daireler: 5 992 282 MWh.; Diğer: 13 505 448 MWh.”

<sup>87</sup> GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER, İdare Hukuku, s. 848-849.

## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

ayrıcalıklı güçlerin tanınması da kaçınılmazdır.<sup>88</sup> Bu nedenledir ki kamu hizmetinin kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülmesi esas, özel kişilerce yürütülmesi istisna olmalıdır<sup>89</sup>.

Bir faaliyet kamu yararı için değil de salt gelir elde etme amacıyla yürütülüyorsa, kamu tüzel kişisi tarafından yürütülse dahi, bu faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmemek gerekir<sup>90</sup>. Kamu tüzel kişinin elinde atıl duran bir araziyi kiraya vermesi veya sübvansiyon maksadı taşımamak kaydıyla devletin bankacılık sektöründe faaliyet göstermesi bu bağlamda değerlendirilebilir<sup>91</sup>.

Hangi faaliyetin kamuya yararlı olduğunun belirlenmesi özünde, subjektif bir değerlendirmeyle gerçekleşir. Bu durumda, içinde bulunulan koşullar çerçevesinde “kamu yararı”nı belirleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulur. “Kamuya yararlılık”, göreceli bir kavram olduğuna göre bunu belirleyecek unsurların neler olduğu ve bu unsurları değerlendirecek nihai-kurucu organın kim olacağı önem kazanır.

Anayasa Mahkemesi kamu hizmetinin belirlenmesinde doktrinden farklı bir yaklaşımı belirlemiştir.<sup>92</sup> Yüksek Mahkemeye göre:<sup>93</sup>

*“Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa*

<sup>88</sup> ATAY, İdare Hukuku, s. 478.; Yazara göre, özel hukuk kişinin yürüttüğü faaliyetin kamu hizmeti sayılması istisna olacağından bu konuda idarenin açık bir iradesine ihtiyaç vardır. Bkz. ATAY, İdare Hukuku, s. 478.

<sup>89</sup> GÖZLER, s. 255-256.

<sup>90</sup> ULUSOY, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s. 19.

<sup>91</sup> Kamu yararı kavramının yorumlanmasında Anayasa Mahkemesini kontrol edebilecek herhangi bir mekanizmanın olmaması ve bu kavramın tanımındaki belirsizlik yüksek mahkemenin bu konuda özensiz kararlar almasına imkan tanımıştır. Bkz. ULUSOY, Ali/ OĞUZ Fuat, “The Privatization of Electricity Distribution in Turkey: A Legal and Economic Analysis”, Energy Policy 35, 2007, s. 5022.

<sup>92</sup> Anayasa Mahkemesi 9.12.1994 Tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 Sayılı kararı, RG. 24.1.1995, S. 22181, s. 21.

<sup>93</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla, yasama organına ait bir yetkiyi gasp ettiği yönündeki eleştirisi için Bkz. GÖZLER, s. 262-266.

*Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.*

*Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez.”*

Anayasa Mahkemesi'nin, bir faaliyetin “niteliği gereği kamu hizmeti olacağı” yönündeki içtihadı, doktrinde haklı eleştirilere konu olmuştur<sup>94</sup>. Esasen, Anayasa Mahkemesi'nin de kararında kabul ettiği gibi bir hizmetin kamu hizmeti olarak belirlenmesinde yasa koyucunun iradesi önemlidir. Her ne kadar yasa koyucu, 4628 sayılı kanunda, açıkça “kamu hizmeti” ifadesini kullanmamış olsa da, maddi anlamda bazı elektrik piyasası faaliyetlerini kamu hizmeti olarak nitelendirmek gerekir. Üretim faaliyetlerin tekel olarak yürütülecek olması, dağıtım faaliyetlerinin özel müteşebbislere bırakılabilecek olsa da bölgesel tekel oluşturması nedeniyle idarenin denetim ve gözetiminde yürütülme zorunluluğu ve bu alanların regülasyon ihtiyacını doğurması yasa koyucunun bu istencini ortaya koyan unsurlardır.

Bununla beraber, Elektrik Piyasası Kanunu'nun metninde kamu hizmeti terimine yer verilmemiştir. Kanunun gerekçesinden anlaşılacağı üzere, yasakoyucunun rekabet kuralları çerçevesinde işleyen bir piyasa oluşturma çabası nedeniyle, Avrupa Birliği'nin yaklaşımına uyarlı olarak “kamu hizmeti” nitelemesinde özellikle kaçınıldığını değerlendirmek mümkündür.

Ancak bütün bu önemine karşın, elektriğin “niteliği gereği kamu hizmeti” olacağı anlayışını pozitif hukuk açısından doğru bulmuyoruz.

## **B. Organik Ölçüt**

Organik ölçütün, hizmetin sadece idari kurum ve kuruluşlarca yürütülmesi olarak kabul edilmesi halinde, uygulama alanının bulunması neredeyse imkânsızdır. Günümüzde hemen her tür kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülebileceği kabul edilmektedir.<sup>95</sup> Bu durumu, kamu hizmetinin organik unsurunda çözülmeye çok, biçim değiştirme olarak kabul etmek gerekir.

<sup>94</sup> DURAN, İdare Hukuku, s. 304.; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 846.

<sup>95</sup> Danıştay İdari İşler Kurulu, 03.10.1996 Tarih ve E. 1996/79, K. 1996/83 Sayılı Karar, Danıştay Dergisi, S. 93, s. 37.

## ***Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği***

Nitekim Danıştay İdari İşler Kurulu kararında bu duruma işaret edilerek<sup>96</sup> “(kamu hizmetinin) kapsamının genişlemesi, ... yönetimin işlerinin çokluğu ve kaynak bulmadaki güçlükler... (bazı hizmetlerin) özel girişimci eliyle yürütülmesi(ni) gündeme ge(tirmekte), bu idare ile girişimci arasında bir sözleşme yapılmasını zorunlu kıl(maktadır)” denmiştir.

Bu durumda organik ölçütün içinde kamu hizmetinin yürütülmesine tahsis edilen kamu malları, görevlendirilen kamu görevlileri ve ayrılan mali imkânların tamamı yer almaktadır.<sup>97</sup> Kamu hizmetinin yürütülmesinde, denetim ve gözetim açısından, idare ile arasında sıkı bir bağlantı bulunması gerekliliği<sup>98</sup> göz önüne alındığında, kanaatimizce bu bağlantı dahi organik ölçütün varlığı için yeterlidir. Özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilebilmesi için yeterince açık bir idari denetime tâbi tutulması gerekir.<sup>99</sup>

Bir faaliyetin “kamu hizmeti” olarak nitelendirilebilmesi için idarece veya idarenin denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişilerince görülmesi gereklidir. Kamu hizmeti sadece idarenin yürüttüğü faaliyetlerle sınırlı olmadığı gibi, idarenin yürüttüğü tüm faaliyetler de kamu hizmeti olarak kabul edilmezler.<sup>100</sup> İdarenin kamusal yetkiler kullanarak yaptığı bütün faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması mümkün değildir.<sup>101</sup> Aynı şekilde, kamu yararını gerçekleştirmek için özel hukuk kişilerince yürütülen faaliyetler idarenin denetim ve gözetiminde yürütülmüyorsa, özel hukuku aşan hükümlere tâbi olsalar da, kamu hizmeti olarak değerlendirilmezler.<sup>102</sup>

Kamu hizmetinin yürütülmesi, kamusal yetki kullanımını da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle kamu hizmetinin, kamu idare ve kurumlarınca yürütülmesi, “temel nitelik” olarak gösterilmiştir.<sup>103</sup> Ancak, bu mutlak bir kural değildir. Özellikle iktisadi kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince de

<sup>96</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 458.

<sup>97</sup> GÜLAN, Kamu Hizmeti, s. 148.

<sup>98</sup> GÖZLER, s. 254.

<sup>99</sup> ATAY, İdare Hukuku, s. 478-479.; DERBİL, s. 391.; DURAN, İdare Hukuku, s. 307.

<sup>100</sup> GÜLAN, Aydın, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008, s. 166.

<sup>101</sup> GÖZLER, s. 254.

<sup>102</sup> Anayasa Mahkemesinin, 22.12.1994 Tarih ve E. 1994/70, K. 1994/65-2 Sayılı Kararı, RG: 28.01.1995, S. 22185.

<sup>103</sup> AKYILMAZ, İdare Hukuku, s. 331.



yürütülebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bu tür hizmetleri yürüten özel hukuk kişilerine de kamu gücü ayrıcalıkları tanınmıştır.<sup>104</sup>

İdari kamu hizmeti<sup>105</sup> olarak kabul edilen ve genelde ücret alınmaksızın yürütülen faaliyetlerin bazılarının özel hukuk kişilerince yürütülebilirliği konusunda doktrinde farklı görüşler söz konusu olsa da iktisadi kamu hizmetleri için bir ihtilaf bulunmamaktadır.<sup>106</sup> Bu nedenle elektrik hizmetleri, yasal bir tekel olmadıkça, özel hukuk kişilerince de yürütülebilmektedir. Doktrinde, özel hukuk kişisi lehine tekel tesisinin mümkün olmayacağı yönünde görüşler olmakla birlikte<sup>107</sup> bölgesel tekel olarak kabul edilen dağıtım özel hukuk kişilerince yürütülmektedir.

Organik ölçütü, kamu hizmetinin “bizzat kamu kurum ve kuruluşları eliyle yürütülmesi” gibi dar manada değerlendirilmeyip, “kamunun denetim ve gözetiminde yürütülmesi” olarak ele aldığımızda elektrik hizmetinin genel olarak kamu hizmeti olduğuna kuşku yoktur.

Elektrik kamu hizmetinin en ayırıcı özelliği, “iletim” ve “dağıtım” gibi, bazı alanlarda doğal tekel olan niteliklerini bünyesinde barındırması ve iyi çalışan bir merkezi planlamaya ihtiyaç bulunmasıdır.<sup>108</sup> Üretim gibi diğerlerine oranla nispeten daha bağımsız yürütülen faaliyetlerin dahi elektrik şebekesine bağlantı bulunması durumunda düzenli olarak gerçekleştirilmesi bir zorunluluktur. Bir üretim tesisi bakım vb. bir nedenle faaliyetine ara verme ihtiyacı duyduğunda bu durumu önceden bildirmek ve öngördüğü zaman dilimi içinde yeniden üretime geçmekle yükümlü tutulmaktadır. Ancak bu yükümlülüğü hem arz güvenliğini sağlama hem de sistemdeki aşırı yüklenmeleri önleme adına bir kolluk faaliyeti olarak değerlendirmek mümkündür.

<sup>104</sup>Devletin varlık sebebi olarak görülen hizmetler genelde bu tür etkinlikleridir. Bkz. **AKYILMAZ**, İdare Hukuku, s. 334.

<sup>105</sup>Eğitim, sağlık, bayındırlık, sosyal güvenlik hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülebilirliği konusunda ihtilaf bulunmakla beraber; milli güvenlik ve adalet gibi hizmetlerin özel kişilerce yürütülemezler. Ancak özel güvenlik firmalarının mantar gibi çoğaldığı, hatta Irak Savaşında olduğu gibi özel orduların resmi ordunun yerini aldığı bir süreçte, ileride, idarenin münhasır alanı olan bir hizmet türü kalıp kalamayacağı düşündürücüdür.

<sup>106</sup>Bkz. **TİRYAKİ**, s. 254.

<sup>107</sup>**CAN**, s. 25.

<sup>108</sup>“Özel hukuki rejim” sadece hizmetin tabi olacağı hukuki rejim olarak değerlendirilmemelidir. Bu aynı zamanda faaliyeti yürütenlerin tamamen serbest olamaması, hizmetin kesintisiz ve düzgün işletilmesi için gereken kamulaştırma vb. kamu gücünü kullanılabilmesi gibi anlamları da taşır. Bkz. **GÜNDAY**, İdare Hukuku, s. 294.; Benzer yönde Bkz. **ROLLAND**, s. 21-22.



## ***Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği***

Elektrik Piyasası Kanunu gerek bağlantıların sağlanması ve güç dengesinin kurulması gibi teknik regülasyonun gerekse lisansların verilmesi, tarifelerin belirlenmesi gibi ekonomik regülasyonun kamu kurumlarınca yürütüleceğini düzenlemiştir. Elektrik piyasası faaliyetleri, rekabet koşullarını sağlayacak nitelikte olsa dahi “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu”, “Ulusal Yük Dağıtım Merkezi” ve TEİAŞ’ın bünyesinde ve sorumluluğunda bulunan “Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi” gibi idari organların denetim ve gözetiminde yürütülmektedir.

### **C. Şekli-Biçimsel Ölçüt**

Bu ölçüte göre, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için özel bir hukuki rejim<sup>109</sup> çerçevesinde yürütülmesi gerekir. Ancak bu, kamu hizmeti mutlaka kamu hukuku kuralları çerçevesinde yürütüleceği anlamına gelmez. Yüksek mahkemelerin içtihatlarında da bu durum açıkça tespit edilmiştir.<sup>110</sup> Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, “artık özel hukuktan ayrı, kamu hukuku usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre, değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sınırlı ve ekonomik ağırlıklı bir kamu hizmeti alanı vardır” denilerek bu duruma işaret edilmiştir.<sup>111</sup>

4628 sayılı Kanununun (m.15/c) kamulaştırmaya ilişkin hükümlerinde “(e)lektrik piyasasında üretim ve/veya dağıtım faaliyetlerinde bulunan lisans sahibi özel hukuk tüzel kişilerinin kamulaştırma talepleri Kurum tarafından değerlendiril(eceği) ve uygun görülmesi hâlinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda belirtilen esaslar dâhilinde Kurumca kamulaştırma yapıl(acağı)” düzenlenmiştir.

Bir faaliyet açıkça kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş olsa da, hizmetin yürütülebilmesi için, kamulaştırma öngörülmüşse, ceza vb. kamusal

<sup>109</sup>“Kamu hizmetleri kapsamının gerek öğretilde, gerekse uygulamada Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerinca genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı (vardır)... ve bu (kapsam)... gittikçe genişlemektedir.” Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 21.1.1971 Tarih ve E. 1969/33, K. 1971/7 Sayılı Kararı.

<sup>110</sup>Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, Yüksek Mahkemeye atfen Uyuşmazlık Mahkemesi kararı içinde yer almaktadır. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.10.1992 Tarih ve E. 1992/33, K. 1992/36 Sayılı Kararı, RG. 1.12.1992, S. 21422, s. 18.

<sup>111</sup>Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, Yüksek Mahkemeye atfen Uyuşmazlık Mahkemesi kararı içinde yer almaktadır. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.10.1992 Tarih ve E. 1992/33, K. 1992/36 Sayılı Kararı, RG. 1.12.1992, S. 21422, s. 18.

tedbirler düzenlenmişse, bu faaliyetin yürütülmesi için yapılan sözleşmelerde özel hukuku aşan şartlar varsa, bunlar şekli ölçütün mevcudiyeti kapsamında değerlendirilebilir.

### **Sonuç Olarak**

Elektrik alanında verilen iletim ve dağıtım lisansı sahiplerine ilgili mevzuat tarafından kamu hizmeti yükümlülükleri getirilmiştir. İletim lisansını alan işletme piyasada; verimli, istikrarlı ve ekonomik bir sistemin oluşturulması ve korunması için rekabet ortamına uygun bir alt yapının sağlanmasından sorumlu iken, dağıtım lisansı sahipleri gerekli tesisleri kurmak, işletmek, bakım ve onarımını yapmak gibi görevlerin yanında perakende satış lisansı olarak bölgelerindeki tüketicilerin elektrik ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlü tutulmuşlardır. Hatta dağıtım şirketleri, kamunun genel kullanımına yönelik cadde ve sokak aydınlatmasından ve bunlara ait gerekli ölçüm sistemlerinin tesis edilmesi ve işletilmesinden sorumlu tutulmuşlardır.

Üretim lisansları için Elektrik Piyasası Kanunu'nda, mücbir sebepler ve yıllık programlı bakım takvimi dışında üretime ara verilmek istendiğinde önceden EPDK'ya yazılı başvuruda bulunmak gibi bazı yükümlükler öngörülmektedir. Yine EPDK, lisans sahibinin talebi veya yasal mevzuatın gerektirmesi durumunda lisans hükümlerinde değişiklikler yapabilmektedir. Ancak bu yükümlülüklerin, enerji arzının düzenli işlemesi ve şebekenin güvenliği için kolluk kapsamında getirildiği değerlendirilmektedir. Bu yükümlülüğün, zirai ilaç satım ruhsatı sahibinin veya ekmek fırınının haklı bir neden olmadan, dükkânını uzun süreli kapalı tutamamasından bir farkı bulunmamaktadır. Terminolojide birliği sağlama adına, kolluk kapsamında verilecek izinlerin "lisans" değil "ruhsat" olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır. Bu doğrultuda, Danıştay kararlarında üretim lisansının "ön izin niteliğindeki bir yetki belgesi" olduğunu belirtilmektedir.<sup>112</sup>

Dağıtım ve iletim faaliyetleri ölçütleri açısından değerlendirildiğinde bir kamu hizmetinde bulunması gereken nitelikleri taşımaktadır. Oysa üretim açısından kamu hizmetinin tanımı başlığı altında da ele alındığı üzere lisans sahibine pozitif yükümlülüklerden çok negatif yükümlülükler getirilmektedir. Bu yükümlülükleri de daha çok kolluk çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Bununla birlikte, bir genelleme yapar ve kolluk, regülasyon, özendir-

<sup>112</sup>Danıştay 13'üncü Dairesi, 23/09/2008 Tarih, E. 2008/4462 Sayılı Y.D. Karar. (Yayınlanmamıştır); Danıştay 13'üncü Dairesi, 23/09/2008 Tarih, E. 2008/4053 Sayılı Y.D. Kararı ve İDDK YD İtiraz No: 2008/1393. (Yayınlanmamıştır)

## *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

me ve destekleme faaliyetlerini de kamu hizmetinin türevleri olarak sayarsak, toplumun temel ihtiyaçlarından biri olan elektrik hizmetlerinin yürütülmesinin bir bütün olarak kamu hizmeti niteliği taşıdığını söylemek de mümkündür.

### **KAYNAKÇA**

- AKCOLLU, F. Yeşim**, Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
- AKILLIOĞLU, Tekin**, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 9, S. 1-3, 1989, (Prof.Dr. Lûtfi Duran’a Armağan)
- AKYILMAZ, Bahtiyar**, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- ALGAN, Bülent**, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ASLAN, İ. Yılmaz**, “Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon alanında Kararları ve Yetkisi”, Rekabet Kurumunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 1, 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- ATAY, Ender Ethem**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- ATİYAS, İzak**, “Regülasyon ve Rekabet: Atölye Çalışması”, 15-16 Mart 2001 Tarihli Regülasyon ve Rekabet Konulu Sempozyumda Sunulan Tebliğ, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- AYANOĞLU, Taner**, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 13., S. 1-3, 2003.
- AZRAK, Ali Ülkü**, “Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 1980.
- CAMERON, Peter Duncanson**, Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union, 2. Ed., Oxford University Press, 2007.

- CAN, Mustafa Erdem**, Hukuki açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- CRAMPES, Claude/ LAFFONT, Jean-Jaques**, “Transport Pricing in the Electricity Industry”, Oxford Review Economic Policy, Vol. 17, No. 3.
- ÇAKAL, Recep**, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, Yayın No: 2455, 1996.
- ÇAL, Sedat**, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, Y. 2007.
- DERBİL, Süheyp**, İdare Hukuku, C.1., 3. Bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1950.
- DUGUIT, Leon**, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1954.
- DURAN, Lütfi**, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- ERGÜN, Çağdaş Evrim**, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010.
- EÜAŞ**, Yıllık Rapor, 2006.
- GİRİTLİ, İsmet/ BİLGEN, Necip/ AKGÜNER, Tayfun**, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku, C. 2, 2. Bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2009.
- GÜL, İbrahim**, Rekabetçi Bir Elektrik Enerjisi Sektörü İçin Pazara Girişin Düzenlenmesi, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı – Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara, 2002.
- GÜLAN, Aydın**, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 9, S. 1-3, 1988.
- GÜLAN, Aydın**, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, İçinde: İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- GÜLAN, Aydın**, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008.

*Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği*

- GÜLTEKİN, Banu/ ÖNAL, Emre/ AKÇAOĞLU, Can**, “Çeşitli Ülkelerdeki Gelişmeler”, Enerji Hukuku: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ekin Yayınları, Bursa, 2007.
- GÜNDAY, Metin**, İdare Hukuku, 9. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- KARAHANOGULLARI, Onur**, Kamu Hizmeti: Kavramsal ve Hukuksal Rejim, 2. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KARAKILIÇ, Hasan**, Hukuki Açından Elektrik Piyasası: Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.
- KIRATLI, Metin**, Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayını, Ankara, 1973.
- OECD**, Regulatory Reform, Privatization And Competition Policy, Paris, 1992.
- ONAR, Sıdık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- OTTINGER, Richard L./ MATHEWS Lily/ CZAHOR, Elizabeth Nadia**, “Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities”, Zillman el at. (eds.), *Beyond Carbon Economy*, Oxford University Press, 2008.
- ÖZAY, İl Han**, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- PAŞAOĞLU, M. Ömür**, Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 14, Ankara, 2003.
- ROLLAND, Louis**, Hukuku İdare, Çev. İbrahim Ali, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1933.
- ROSSI, Jim**, “Universal Service in Competitive Retail Electric Power Markets: Whither the Duty to Serve?”, HeinOnline—21Energy L.J., 2000.
- ROUVIÈRE, Jean** (Çev. Vecihî Tönük): İdarî Sözleşmeler, İdare Dergisi, Y.21, S. 205, 1950.
- STIGLITZ, Joseph E.**, “Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries”, <http://www.worldbank.org/knowledge/chiefecon/articles/beijing.pdf>. Beijing, China, 1999.
- TİRYAKİ, Refik**, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları,

*Yakup GÖNEN*

Ankara, 2008.

**TOMAIN, Joseph P./ CUDAHY, Richard D.**, Energy Law, Thomson-West, 2004.

**ULUSOY, Ali**, “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, S. 100, 1999.

**ULUSOY, Ali**, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. 48, S. 1-4.

**ULUSOY, Ali**, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004.

**ULUSOY, Ali/ OĞUZ Fuat**, “The Privatization of Electricity Distribution in Turkey: A Legal and Economic Analysis”, Energy Policy 35, 2007.

**YAYLA, Yıldızhan**, İdare Hukuku, Beta Yayını, İstanbul, 2009.

**ZENGİNOBUZ, Ünal**, “Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon”, 24 Şubat 2000 Tarihinde Rekabet Kurumunda Sunulan Tebliğ, Perşembe Konferansları, S. 5, Ankara.

# 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ VE DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ<sup>1</sup>

Yusuf Şevki HAKYEMEZ\*

## Özet

1982 Anayasası üzerinde yürürlüğe girdiği tarihten bugüne değin esaslı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bunlardan en geniş kapsamlı olanlar 1995, 2001 ve 2010 yıllarında yapılmıştır. Ancak bu kapsamlı değişiklikler içerisinde en fazla gündemi meşgul eden 2010 Anayasa değişiklikleri olmuştur. Bu değişiklikler ağırlıklı olarak yargı organı ile ilgili olup, değişikliklerde Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili önemli yenilikler öngörülmüştür. Değişiklik sürecinde kamuoyunda yaşanan tartışmalarda da görüldüğü üzere bir görüşe göre değişiklikler yargı bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyecek ve yargıyı iktidarın etkisi altına sokacaktır. Diğer görüşe göre ise yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı 2010 Anayasa değişiklikleri ile daha iyi sağlanacaktır. İşte bu çalışmada 2010 Anayasa değişikliklerinin 1982 Anayasasının demokrasi ve hukuk devleti niteliklerinde ne tür etki yaptığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** 1982 Anayasası, 2010 Değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı

## THE 2010 CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND THE RULE OF LAW

### Abstract

There have been significant amendments in the 1982 Constitution since its entry into force. The most detailed amendments took place in 1995, 2001 and 2010 in respectively. However, amongst them, the 2010 changes mainly focused on judiciary,

\* Prof.Dr.,KTÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> “2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti” başlıklı makaleyi Doç. Dr. Mustafa Yıldız Anısına hazırlanan bu armağanda yayımlanmanın benim için özel bir anlamı olduğunu belirtmem gerekir. Doç. Dr. Mustafa Yıldız, yüksek lisans tez danışmanımdı ve yüksek lisans tez konumu “1995 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Toplum” adı ile kendisi önermişti. Akademik yaşamının ilk aşamalarında bana çok şeyler öğreten değerli Hocamın anısına yayımlanan armağanda, yine yüksek lisans tezine benzer bir konuda makale yazmak için 2010 yılında aslında önemli bir gelişme yaşandı. 1982 Anayasasında 2010 Anayasa önemli konularda değişiklikler gerçekleştirildi ve bu değişiklikler, daha ziyade hukuk devleti ve demokrasi ekseninde yoğun biçimde tartışılmıştır. İşte bu bakımdan saygıdeğer Hocamın anısına yayımlanan armağana bu kapsamdaki bir makaleyle katkıda bulunmanın benim için çok özel bir anlamı olduğunu ve bunu Hocama yönelik bir görevin yerine getirilmesi olarak algıladığımı belirtmek isterim.

*including the re-structuring of the Constitutional Court and the High Council for Judges and Prosecutors got the most attention. As has been witnessed during the period of the negotiations and the introduction of the changes, according to some the amendments would affect the impartiality of judiciary and the judicial system would be under the control of the Government in power. On the other hand, one other opinion argued that the real independence and impartiality of the judicial system would be possible only if the 2010 Amendments were introduced. The aim of this work is to examine what sort of effects on the democratic and rule of law features of the 1982 Constitution were created by way of the 2010 Amendments.*

**Key Words:** *1982 Constitution, 2010 Constitutional Amendments, Constitutional Court, High Council of Judges and Prosecutors, judicial independence and impartiality*

## **GİRİŞ**

1982 Anayasası % 91 gibi çok yüksek bir oyla kabul edilmesine rağmen sürekli eleştirilerin odağında yer aldı. Nitekim bunun bir sonucu olarak yürürlüğe girdiği tarihten bugüne değin Anayasada 17 kez değişiklik yapılmıştır. En geniş kapsamlı değişiklikler 1995, 2001 ve 2010 yıllarında gerçekleştirildi. Bu geniş kapsamlı değişikliklerden ilk ikisi daha ziyade temel hak ve özgürlükler alanı ile ilgiliydi. 2010 değişiklikleri ise ağırlıklı olarak yargı ile ilgili konulara odaklanmıştır. Bu yönü ile 2010 Anayasa değişiklikleri diğerlerinden ayrılmaktadır. 2010 değişiklikleriyle birlikte aslında 1982 Anayasasının kurucu felsefesi doğrultusunda formüle edilen Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşumunda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, siyasal sistemin işleyişinde çok önemli işlevi ve konumu olan yargının yeniden yapılandırılması gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır.

2010 Anayasa değişiklikleri; gerek paketin oluşumu, TBMM'de görüşülmesi, Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu olması ve referandumla kabulü sürecinde yaşananlar ve gerekse içeriği nedeniyle önceki değişikliklerden çok daha fazla ülke gündemini meşgul etmiştir. Bu değişiklikler, hemen hemen tek bir partinin milletvekillerinin oylarıyla kabul edilen ve ardından zorunlu olarak referanduma sunulan bir prosedürün sonucunda tekemmül ettirilmişlerdir. Öte yandan, her ne kadar 1987 ve 2007 değişikliklerinde de referanduma başvurulmuş ise de, 2010 değişikliklerinin referandum sürecinde daha yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Bunun önemli nedenlerinden birisi, bu Anayasa değişikliği paketi ile getirilenlerle Anayasanın yargı ayağın-



## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

da 1982 Anayasa Koyucusunun oluşturmaya çalıştığı bürokratik vesayetçi yapıyı değiştirmeye çalışan önemli farklı düzenlemelerin öngörülmesi olmalıdır. Öte yandan 2010 Anayasa değişikliği paketinde bunların dışında yargısal denetime ilişkin başkaca yenilikler ve insan hakları ile ilgili yeni hükümler de yer almaktadır. İşte bu çalışmada son Anayasa değişikliklerinin 1982 Anayasanın “demokratik hukuk devleti” niteliğinde ne tür değişikliklere yol açtığı irdelenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın amacı genel olarak 2010 değişikliklerinin demokratik hukuk devleti bağlamında irdelenmesi olduğuna göre, paketin her bir maddesiyle getirilen yeniliklerin ayrı ayrı ele alınması gibi bir yola başvurulmamıştır.

### **A- Değişiklik Paketine İlişkin Genel Gözlemler**

Anayasa değişikliği paketi 24 maddeden oluşmakta ve yine bu doğrultuda Anayasaya iki geçici madde eklenmektedir. Pakette yer alanlar çok farklı konuları kapsamakla birlikte 2010 Anayasa değişikliklerini, “temel hak ve hürriyetler ve yargı denetimi alanını ilgilendirenler” ile “yargının oluşumu ve işleyişine ilişkin olanlar” olmak üzere iki ana başlık altında toplamak mümkündür.

Bununla birlikte pakette asıl göze çarpan ve kamuoyunda da daha fazla zikredilenler yargı ile ilgili değişikliklerdir. Nitekim, bu değişikliklerle birlikte artık yargının iktidarın etkisi altına gireceği, yürütmenin yargı üzerindeki etkisini ileri derecede artırmış olacağı<sup>2</sup>, “iktidara biat eylemeyen hakim ve savcıların tasfiye edilmesi yolunu” açabileceği<sup>3</sup> biçimindeki yorumlar yapılmaktadır. Bu noktada Anayasa değişikliklerinin odağını yargının oluşturmuş olmasını, özellikle değişiklikleri TBMM’den hemen hemen tek başına geçirdiği söylenebilecek olan Adalet ve Kalkınma Partisinin iktidarı döneminde yargı ile ilgili olarak yaşananlara bakarak açıklamak daha isabetli olacaktır. İktidarının altıncı yılında Adalet ve Kalkınma Partisine karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açtığı kapatma davası ve Anayasa Mahkemesinin bunun üzerine davalı partiyi laikliğe aykırı eylemlerin odağı olarak görmesi nedeniyle devlet yardımından kısmen yoksun bırakma yaptırımını ile cezalan-

<sup>2</sup> Bkz.: İbrahim Ö. KABOĞLU, Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak, İmge Kitabevi, Ankara, 2010, s. 273.

<sup>3</sup> Bkz.: Köksal BAYRAKTAR, “Genel Değerlendirme”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 160; Duygun YARSUVAT, “Genel Rapor”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 164.

dırması, Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde gerçekleştirilen değişiklikleri esas açısından denetleyerek iptal etmesi, hükümetin icraatlarının ve kimi idari tasarrufların idari yargı mercileri tarafından hukukilik denetiminin ötesine geçilerek iptal edilmesi, özellikle Ergenekon Davası başta olmak üzere ağırlıklı olarak adli yargıdaki kimi ceza davaları ve soruşturmalarına yönelik olarak HSYK'nın yüksek yargıdan gelen üyelerle birlikte verdiği kararlar ve takındıkları tutumun siyasal iktidarın 1982 Anayasasındaki yargı ile ilgili değişiklikleri yapmasının temel gerekçesini oluşturduğu söylenebilir.

Bununla birlikte değişiklik paketinde yargı ile ilgili olanlar dışında başka konulara ilişkin hükümler de yer almıştır. Ancak, özellikle paketteki yargı dışındaki hükümlere bakıldığında bunların demokratik hukuk devleti bağlamında çok temel sorunları kapsadığını söyleyebilmek zordur. Sözgelimi 1982 Anayasasının ideolojik tercihini yansıtan ve insan hakları noktasında en fazla eleştirilen Anayasanın başlangıç kısmı ve Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin kimi önemli sorunlara dokunulmamıştır. Yine sürekli ülke gündemini meşgul eden Cumhurbaşkanının yetkileri ile sorumluluğu arasındaki uyumsuzluk ve Yükseköğretim Kurumunun üniversitelerin özerkliğini zedeleyen konumu ve benzeri temel sorunlara bu pakette yer verilmediği görülmektedir. Bunlar değişiklik paketine ilişkin önemli eksikliklerdir. Bu da göstermektedir ki Anayasa değişikliği paketi Anayasanın sorunlu maddelerin tümüne esaslı çözümler getirme iddiası taşımamaktadır. İktidar partisi kendisine göre öncelikli sorunlu maddeleri esas alarak paketi oluşturmuştur. Aslında bu süreçte muhalefet partilerinin kendilerine göre öncelikli gördükleri hususları pakete dahil etmeyi pazarlık unsuru olarak kullanmaları durumunda paketin daha geniş bir kapsama sahip olması imkanı sağlanabilirdi. Ancak, bu noktada uzlaşma arayışlarının olumsuz sonuçlanması nedeniyle pakette bu imkan elde edilememiştir. Bu durum, önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

### **B-Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Değişikliklerin Değerlendirilmesi**

Toplam 24 madde ve 2 geçici maddede değişik konulara ilişkin yenilikler getiren 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliklerinin ayrıntılı biçimde ele alınması tek başına bir çalışmanın kapsamını da aşabilecektir. Bu çalışmada sadece genel olarak değişikliklerle birlikte insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti noktasında ne tür yeniliklerin gerçekleştirildiği irdelendiğinden, paketteki hükümlere sadece ana hatları ile ba-

kılmış, ayrıntılar ele alınmamış, hatta kimi maddelerdeki yeniliklere hiç değinilmemiştir.

### **1-İnsan Hakları ve Hak Arama Özgürlüğü İle İlgili Yenilikler**

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanununun 1. maddesi ile Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasına kadın erkek eşitliğinin sağlanması bağlamında, “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmü dahil edilmiş ve ayrıca 10. maddeye eklenen “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” ifadesi ile fıkrada sayılan kesimler lehine uygulamalar yapılmasının eşitlik ilkesi ile çelişmeyeceği anayasal temele kavuşturulmuştur. Böylece başta kadınlar olmak üzere çocuklar, yaşlılar, engelliler ve benzeri değişik toplumsal kesimler açısından pozitif ayrımcılık yapılabilmesi anayasal düzeyde öngörülmüştür. Yine bir diğer yenilik olarak çocuklar bağlamında Anayasanın 41. maddesinin başlığına “çocuk hakları” ifadesi eklendikten sonra maddeye her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu, Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı hükmü dahil edilmiştir.

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerden bir diğeri ile Anayasanın 20. maddesine herkesin kendisi ile ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu hükmü eklenmiş; kişisel verilerin işlenmesi, kullanımı, söz konusu kişisel verilere erişme, bunların bireyler tarafından silinmesinin talep edilmesi gibi çok farklı boyutlarının değişiklikle getirilen anayasal güvenceler doğrultusunda kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Son zamanlarda teknolojinin de gelişmesine paralel olarak daha yoğun biçimde gündemi meşgul eden kişisel verilerin korunmasına yönelik ihlal iddiaları açısından bakıldığında bu içerikteki bir anayasa hükmünün getirilmesini anlamlı görmek gerekir. Ancak kişisel verilerin korunması noktasında uygulamanın bir an önce yeni çıkarılacak kanunla ayrıntılı biçimde düzenlenmesi, anayasal güvencelerin uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir.

Anayasanın 23. maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklikle vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hakim kararına bağlı olarak sınırlanabileceği hükmü getirilmiştir. Değişiklik öncesinde bu fıkrada yurt dışına çıkışın ayrıca “vatandaş-

lık ödevi” sebebiyle de sınırlandırılabilceği öngörülmekteydi. Madde gerekçesinde açıkça belirtilmemiş olsa da, bu yenilikle vatandaşların vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkışının önünün açılmak istendiği ifade edilmektedir<sup>4</sup>. Kanaatimizce değişiklikle birlikte bu imkanın sağlandığı söylenebilir. Bununla birlikte, vatandaşlara kim ödevler de getiren Anayasanın “siyasi haklar ve ödevler” bölümünde vergi ödevi yanında ayrıca 72. maddede “vatan hizmeti” düzenlendiğine göre askerlik ödevi nedeniyle de yurt dışına çıkmaya yönelik bir engelin de artık Anayasaya aykırı hale geleceği söylenebilir.

Değişikliklerle getirilen önemli bir yenilik memurlar ve diğer kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkının tanınmış olmasıdır. 1995 Anayasa değişikliği ile memurlara sendika hakkı yanında toplu görüşme hakkı verilmiş olmakla birlikte bu hak toplu sözleşmeden çok daha farklıydı. Yeni düzenleme ile getirilen toplu sözleşme hakkı olumlu bir adım olmakla birlikte sendikal haklar bağlamında yetersizdir. Grev hakkının bulunmadığı yerde toplu sözleşme hakkının gerçek işlevine ulaşması her zaman mümkün değildir. Nitekim yeni düzenlemede toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde tarafların Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabileceği ve Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının kesin olduğu ve toplu sözleşme hükmü niteliğinde olduğu öngörülmüştür.

Anayasa değişikliği paketinde siyasal haklar bağlamında görülebilecek olumlu bir yenilik de milletvekilliğinin düşmesi ile ilgili Anayasanın 84. maddesinin son fıkrasının kaldırılmasıdır. Bu fıkrada partisinin temelli kapatılmasına beyan veya eylemleri ile sebep olduğu Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliğinin bu kararın Resmi Gazete’de gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona ereceği öngörülmekteydi. Aslında 1995 Anayasa değişikliği öncesindeki hükme göre yukarıdaki hükmün çok daha ehven olduğu açıktır. Nitekim 1995 Anayasa değişikliği öncesinde bu konuda partinin kapatılmasına sebebiyet veren milletvekilinin üyeliğinin, temelli olarak kapatılan siyasal partinin kapatılması için davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliğinin ise kapatma kararının TBMM Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona ereceği öngörülmekteydi. 1995 Anayasa değişikliği ile getirilen ve partinin kapatılması durumunda sadece kapatmaya sebebiyet veren milletvekillerinin üyeliğinin sona ermesini öngören düzenleme dahi aslında siyasal partileri ceza-

<sup>4</sup> Bkz.: “Vergi Borcu Nedeniyle Yurtdışına Çıkış Yasağı Uygulaması Tarih Oldu”, <http://www.kobipostasi.net>. (E. T. 14.12.2010).

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

landırmaktan öteye geçerek partili milletvekillerini cezalandıran ölçüsüz bir yaptırımdır. Bu nedenle siyasal hakları ölçüsüz biçimde kısıtlayan ve aynı eylem ve fiili gerçekleştiren partili milletvekilleri ile bağımsız milletvekillerinden sadece birinci kategoride yer alanları cezalandıran bu hükmün kaldırılması isabetli olmuştur. Nitekim AİHM de vermiş olduğu kararlarda, siyasal parti kapatma kararına istinaden milletvekilliğinin düşürülmesi sonucunda verilen beş yıllık siyasal faaliyet yasağının öngörülen meşru amaçlar doğrultusunda orantılı olarak nitelendirilemeyeceği ve bu yasağa maruz kalanların seçilme hakkının özü itibariyle ihlal edilmekte olduğuna hükmetmektedir<sup>5</sup>.

Aslında siyasal parti özgürlüğü bağlamında 2010 Anayasa değişikliği paketinde, özellikle siyasal parti kapatma usulünü zorlaştırmayı hedefleyen ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kapatma davası açmasını TBMM’de oluşturulacak bir komisyonun nitelikli çoğunluk oyuna bağlayan ve kapatma davalarında partili milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu kapsamındaki sözlerinin odaklaşma koşulunun değerlendirilmesinde dikkate alınmamasını öngören hükümler yer almaktaydı. Ancak, Anayasanın 69. maddesinde değişiklikler öngören söz konusu hükümler TBMM’deki birinci oylamada öngörülen çoğunluğa ulaşamadığı için kadük olmuştur. Bu maddenin kabulü, Türkiye’deki siyasal parti özgürlüğünü daha güvenceli hale getirebilecekti.

2010 Anayasa değişikliği paketiyle temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli bir görev ifade edebilecek olan Kamu Denetçiliği Kurumunun getirilmiş olması önemli bir yenilik olarak görülmelidir. Anayasanın 74. maddesine eklenen fıkralar ile herkesin kamu denetçisine başvurma hakkına sahip olduğu ve bu bağlamda Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumunun idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri inceleyeceği öngörülmektedir. Ardından Kamu Başdenetçisinin TBMM tarafından seçiliş usulü düzenlenmiştir. Batılı ülkelerin çoğunda “ombudsmanlık” olarak bilinen Kamu Denetçiliği Kurumunun getirilmiş olması temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında gösterilen hassasiyeti ifade etmesi açısından olumlu bir yenilik olarak görülmelidir.

Aslında Anayasa değişikliğinden çok daha önceleri ombudsmanlık kurumuna duyulan ihtiyaç değişik çalışmalarda ifade edilmişti<sup>6</sup>. Hatta, 2006 yı-

<sup>5</sup> Bkz.: Örnek bir karar olarak bkz.: Ilıcak v. Turkey, Application Number: 15394/02, Date: 5 April 2007.

<sup>6</sup> Türkiye’de ombudsmanlığın gerekliliğine vurgu yapan bir rapor için bkz.: Bülent TANÖR, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 1997, s. 172-173.

lında kanunla Kamu Denetçiliği Kurumu bile kurulmuştu. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu Kanunu iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Anayasa’da belirtilen görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna Başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi adı geçen Kurumla Türkiye Büyük Millet Meclisi arasında bu seçime olanak verecek Anayasa’dan kaynaklanan doğal sayılabilecek bir ilişki de söz konusu olmadığından Yasa Anayasa’nın 87. maddesi ile uyumlu değildir”<sup>7</sup> gerekçesine de yer verdiği için, her ne kadar yasama yetkisinin asli yetki olması noktasından hareketle Anayasa Mahkemesinin kararı hukuken isabetsiz ise de, Mahkemesi kararı ortada iken Kamu Denetçiliğinin kurulabilmesi noktasında tek seçenek olarak Anayasa değişikliği kalmıştı. Kamu Denetçiliği ile ilgili düzenlemenin de bu amaçla 2010 Anayasa değişikliği paketine eklendiği söylenebilir.

Kamu Denetçiliği kurumunun kurulmasında aynı zamanda Türkiye’nin Avrupa Birliğine giriş amacının de etkili olduğu söylenebilir. Gerçekten AB üyesi olan ülkelerin her birinde ya tek bir kişiden oluşan ombudsmanlık ya da bir heyetten oluşan kamu denetçiliği kurulu türü kurumlar bulunmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumunun faaliyete geçmesi ile Türkiye’de insan haklarına ilişkin mağduriyetlerin daha kısa sürede, daha kolay usullerle ve yargı dışı bir mekanizma aracılığıyla giderilmesi sağlanabilecektir.

Anayasa değişikliği paketindeki maddeler arasında aynı zamanda hak arama özgürlüğünü genişleten ve yargısal denetim yasaklarını azaltan hükümlere de rastlanmaktadır. Söz gelimi, 2010 değişiklikleriyle uyarma ve kınama biçimindeki disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin Anayasanın 129. maddesinin 3. fıkrası hükmü kaldırılmıştır. İkinci olarak, Yüksek Askerî Şura kararlarının yargı denetimi dışında olduğunu belirten Anayasanın 125. maddesindeki hüküm “Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.” şeklindeki değiştirilmiştir. Yine Anayasanın 159. maddesindeki HSYK kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin hüküm, “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” şekline dönüştürülmüştür. Görüldüğü gibi bu değişikliklerle 1982 Anayasasındaki yargısal denetim yasakları biraz daha hafifletilmiştir. Ancak, her ne kadar uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu tam olarak açılmış

<sup>7</sup> Esas Sayısı: 2006/140, Karar Sayısı: 2008/185, Karar Günü: 25.12.2008.

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

ise de, HSYK ve Yüksek Askeri Şura kararlarının tümü değil sadece bir kısmı yargı denetimine açılmıştır. Bu nedenle getirilen yenilikler hukuk devleti açısından olumlu olmakla birlikte yetersizdir. Yine, yargısal denetim yasakları kaldırılırken Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamayacağı düzenleyen Anayasa hükmüne ve olağanüstü kanun hükmünde kararnamelere karşı Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına dair düzenlemeye dokunulmaması da 2010 Anayasa değişikliği paketine ilişkin önemli eksiklikler olarak göze çarpmaktadır.

Yargısal denetim bağlamında son olarak Anayasanın Geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılmasına da değinmek gerekir. 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesini gerçekleştirenler ile yönetimin sivillere devredildiği tarihe kadar yasama ve yürütme yetkisini kullananlar ve bu maddede sayılan diğerlerinin tasarruflarına karşı hukuki, mali ve cezai açıdan yargısal denetim yollarını kapatan hükmün kaldırılmış olması ilke olarak olumlu kabul edilebilir. Çünkü, 1960 Askeri Müdahalesi sonrasında benzer hükmün yer aldığı 1961 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihten bu yana ilk kez bu tür askeri müdahaleleri gerçekleştirenler hakkında yargı yolunu açan bir değişiklik gerçekleştirilmiştir<sup>8</sup>. Askeri müdahaleyi gerçekleştirenler hakkında ceza davası açılıp açılmayacağı, zaman aşımının ne olacağı gibi karmaşık sorunlar bir yana, askeri müdahaleyi gerçekleştirenlerin kendileri için getirmiş olduğu hukuksal zırhın siyasal irade tarafından kaldırılmış olması psikolojik açıdan olumlu bir adım olarak görülebilir.

### **2-Yargı ile ilgili yenilikler**

2010 Anayasa değişiklik paketinin ağırlıklı kısmını yargı ile ilgili getirilenler oluşturmaktadır. Bu kapsamdaki değişikliklerin içerisinde de asıl önemli olanlar Anayasa Mahkemesi ve HSYK ile ilgili maddelerdedir. Ancak, bunun dışında pakette, idari yargı denetiminin kapsamı ve asker kişilerin işlediği suçlarla ilgili yargı düzenini belirten değişiklikler de göze çarpmaktadır.

Anayasanın 125. maddesindeki, yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğuna ilişkin hükme, bu yetkinin “hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz”yacağı ifadesi eklenmiştir. Aslında bu hükmün getirilmesinin en önemli nedeninin idari yargı

<sup>8</sup> 1982 Anayasasının Geçici 15. maddesinde 2001 yılında değişiklik yapılmış olmakla birlikte bu değişiklik sadece o dönemde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararname ve diğer karar ve tasarrufların anayasaya aykırılığının iddia edilememesini ortadan kaldırmaktaydı.



mercilerinin ve özellikle Danıştayın gerçekleştirdiği denetimde yerindeliğe kayarak hareket etmesi ve böylece hükümetin ve kimi idari birimlerin yetkisine açıkça müdahale etmesidir. Bununla birlikte Anayasaya bu biçimdeki bir hüküm koymakla sorunun çözülebileceğini beklemek gerçekçi değildir. Zira zaten 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 2. maddesinde açıkça “ İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler” hükmü yer almaktadır. Kaldı ki, idari yargı mercilerinin yerindelik denetimini yasaklamak için Anayasa veya ilgili kanunda bu biçimdeki bir hükmün bulunmasına bile gerek yoktur. Çünkü yargı, niteliği gereği idarenin faaliyetlerini sadece hukuka uygunluk denetimine tabi tutmak yetkisini kullanabilir. Bunun ötesine geçen uygulamalar yargının idarenin yetkisine müdahalesi anlamına gelir ki kuvvetler ayrılığı ilkesi bunu imkansız kılar. Bu hususlar açık olmakla birlikte, böylesine bir hüküm, Türkiye’deki yargısal aktivizmin etkisiyle idari yargının yerindelik denetimine kayacak biçimde karar vermesi sonrasında adeta bir tepki olarak Anayasaya dahil edilmiştir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere bu yenilik sonrasında artık yargısal denetimde bu tür sorunların yaşanmayacağını söylemek mümkün değildir. Bu noktada çözüm, ancak Türk yargı mercilerinin kendi denetim yetkisinin sınırını demokratik hukuk devletindeki ideal standarda uygun biçimde her bir somut davada belirleyip, yeri geldiğinde idarenin anayasaya uygun takdirlerine müdahaleden kaçınmaları gerektiğini bilmeleri ve buna uygun kararlar vermeleri ile mümkündür.

Yargı ile ilgili bir diğer değişiklikte, paketin 15. maddesinde, Anayasanın 145. maddesinde askeri yargı ile ilgili gerçekleştirilen değişiklikle asker kişilerin işlediği suçlardan hangilerinin askeri mahkemeler ve disiplin mahkemelerinde, hangilerinin ise adliye mahkemelerinde görüleceği yeniden düzenlenmiştir. Bu maddede değişiklik yapılmasının gerekçesini, yakın bir geçmişte çıkarılan kanunla asker kişilerin “darbe girişimi ve ya darbe suçları” söz konusu olduğunda bunların askeri mahkemeler yerine sivil mahkemelerde görülmesine imkan sağlayan kanuni düzenlemeyi Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 145. maddesini gerekçe göstererek iptal etmesi oluşturmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> İptal edilen kanuni düzenlemeye ilişkin verilen yürürlüğü durdurma kararı için bkz.: Esas Sayısı : 2009/52, Karar Sayısı: 2010/5 (Yürürlüğü Durdurma), Karar Günü : 21.1.2010.



## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

Dolayısıyla iptal kararı sonrasında artık konunun Anayasa ile düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Özellikle adli yargıda sivil / askeri ayrımının olduğu Türkiye’de, gerçekleştirilen Anayasa değişikliği doğrultusunda, asker kişilerin devletin güvenliğine, anayasal düzene ve düzenin işleyişine karşı işlediği ile-ri sürülen suçların adliye mahkemelerinde görüleceği; askeri mahkemelerin sadece asker kişiler tarafından işlenen askeri suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara bakacağı hususuna açıkça yer verilmesi önemli bir yeniliktir. Bunun yanında askeri mahkemelerin bağımsızlığını pekiştiren bir yenilik olarak paketin aynı maddesinde, askeri yargı organlarının kuruluşu ve işleyişi ile askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkilerinin “askerlik hizmetlerinin gereklerine göre” düzenleneceği ibaresi kaldırılmış<sup>10</sup>, böylece geriye kalan ilkeler olarak mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenleme yapılacağı öngörülerek askeri yargının bağımsızlığına daha uygun bir hüküm ortaya çıkmıştır.

Yargı ile ilgili en önemli değişikliklerden birisi Anayasa Mahkemesi ile ilgili maddelerde gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda ilk olarak Mahkemenin üye sayısı 11 asıl ve 4 yedek üyeden 17 asıl üyeye çıkartılmıştır. TBMM bu üyelere ikisini Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından gösterdiği üç aday arasından, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içerisinden seçecektir. Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askeri Yargıtay, bir üyeyi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden seçecektir. Cumhurbaşkanı geriye kalan dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçecektir.

Mahkemenin üye sayısının artırılması ve işlevsel olmayan yedek üyelik statüsüne son verilmesi fevkalade olumlu adımlar olarak görülebilir. Ancak, 17 üyeli Anayasa Mahkemesine parlamentonun doğrudan değil, değişik

<sup>10</sup> Aynı ibare 2010 değişikliği ile Askeri Yargıtay’ın düzenlendiği Anayasanın 156. maddesinden de kaldırılmıştır.

yerlerden gösterilen üçer kat fazla aday arasından toplam üç üye seçme imkanının verilmiş olması vesayetçiliğin eleştirildiği bir yapıdan kurtulma sürecinde çekingen adım olsa da yine de sembolik bir öneme sahip olabilir. TBMM'nin, Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki demokratik meşruiyete de katkı sağlayacak şekilde, Avrupa ülkelerine benzer biçimde mutlaka en az üçte bir oranındaki üyeyi doğrudan seçmesi gerekirdi<sup>11</sup>. Nitekim, Gözler'in de vurguladığı gibi, 2010 Anayasa değişikliği sonrasında bile Türkiye halen yasama organı Anayasa Mahkemesine doğrudan hiçbir üye seçemeyen tek ülke konumundadır<sup>12</sup>. Öte yandan 17 üyeden üç tanesinin akademisyenler arasından seçilmesi de Anayasa Mahkemesinin işlevine katkı sağlaması açısından eskiye göre daha olumlu bir yenilik olarak görülmelidir. Bunun yanında eskiye göre yargı bürokrasisinin Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki ağırlığı Cumhurbaşkanı, YÖK ve TBMM'nin seçeceği toplam 10 üye ile azalmış, bu sayede bürokratik vesayetin yargı ayağında bir güç kaybının gerçekleştiği ve daha çoğulcu bir oluşumun sağlandığı söylenebilir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyelerinin oniki yıllığına seçileceği ve bir kişinin ikinci kez üye seçilemeyeceğinin öngörülmüş olması da isabetli bir yeniliktir. Görev süresinin sabitlenmesi ile artık çok uzun ve çok kısa süre üyelik yapma durumu ile karşılaşılmayacak, üyeler makul bir süre boyunca bu görevi ifa edeceklerdir. Çok uzun süre görevde kalmanın doğurduğu sakıncalar yaşanmayacağı dikkate alındığında, Mahkemenin daha dinamik bir aktör olarak çağın gereklerine uygun içtihatları sergilemesi imkanı daha iyi sağlanabilecektir.

Değişiklikle Mahkemenin Yüce Divan sıfatı ile yargıladığı kişilere TBMM Başkanı ile Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da eklenmiştir. Ayrıca Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabileceği esası getirilmiştir. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve siyasal sisteme monte edilmiş amacına bakıldığında, Mahkemenin Yüce Divan sıfatı ile gerçekleştirdiği yargılamalarda yargıladığı kişilerin sayısını siyasal kimliği olanlarla sınırlı tutmak, diğerlerinin görevleri ile ilgili işlediği suçlarda yargılanmasını adli

<sup>11</sup> Avrupa ülkelerindeki anayasa mahkemelerinin oluşumu ve bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki eleştirilen noktaları irdelleyen ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yay., Ankara, 2009, Üçüncü Bölüm.

<sup>12</sup> Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2010, s. 417.

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

yargı bidayet mahkemelerine bırakmak demokratik hukuk devletinin işleyişi açısından daha işlevsel sonuçlar verebilir. Ancak, değişiklikle Yüce Divan sıfatı ile yapılan yargılamalarda yeniden inceleme imkanının sağlanması, tam anlamıyla temyiz anlamına gelmese de, yargılamayı iki dereceli usule yaklaştırdığı ölçüde olumlu sonuçlar verebilecektir.

2010 değişiklikleri ile ilk kez Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmiş olması da ilke olarak olumlu bir yeniliktir. Bununla birlikte bireysel başvuru kapsamına sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin alınmış olması eleştirilebilir. Hakların bütünlüğü ilkesi açısından bakıldığında AİHS kapsamında olmayan sözgelimi sosyal ve kültürel hakların veya üçüncü kuşak hakların ihlali durumunda bireysel başvuru hakkının kullanılmaması haklar arasında adeta farklılaştırmayı teşvik eden bir gelişmeye sebebiyet verebilir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, hangi hakkın AİHS kapsamına girdiğine her zaman çok rahat biçimde karar vermek mümkün olmayabilir. Öte yandan, bireysel başvurunun benimsenmesinin amacı AİHM'den gelen mahkumiyetleri engellemek ise bunu da kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin insan hakları noktasındaki içtihadına bakıldığında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması halinde Mahkemenin özgürlükçü karar vererek başvuru sorununun çözülebileceğini ve dolayısıyla AİHM'e başvurmayı önleyebileceğini söyleyebilmek zordur. Nitekim Anayasa Mahkemesi bugüne değin ilk derece mahkemesi olarak baktığı siyasi parti kapatma davalarında verdiği mahkumiyetler neticesinde partisi kapatılanların yaptığı başvuruların ezici bir çoğunluğunda AİHM Türkiye'yi mahkum etmiştir. Bu da göstermektedir ki Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının Anayasa koyucunun öngördüğü biçimde etkili sonuç verebilmesi için Anayasa Mahkemesinin özgürlükçü yaklaşımla bireysel başvuruları ele alması gerekmektedir<sup>13</sup>.

Üye sayısı artırılmasına rağmen, değişiklik sonrasında iki ayrı bölüm ve bir Genel Kurul şeklinde çalışacak Anayasa Mahkemesinde iptal ve itiraz başvuruları, siyasi parti davaları ve Yüce Divan yargılamalarının Genel Kurulda, bireysel başvuruların ise bölümlerde karara bağlanacağını öngörülmesi aslında pratikte Mahkemenin işyükünü çok fazla hafifletmeyecektir. Bir yandan bireysel başvurunun getireceği ek işyükü ve öte yandan gittikçe artan

<sup>13</sup> Bkz.: Hakyemez, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, s. 428-429.

iptal ve itiraz başvurularının Genel Kurulda görülmeye devam etmesi nedeniyle belki de yakın bir gelecekte Anayasa Mahkemesinin üye sayısının biraz daha artırılarak, iki ayrı bölüme de iptal ve itiraz başvurularını çözme yetkisi tanınması yoluna gidilebilecektir.

Değişiklikle Anayasa değişikliğinde iptale, siyasal partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için üye tamsayısının beşte üçü yerine toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şartının getirilmesi isabetli bir yeniliktir. Bu adım siyasal partilerin demokratik sistem içerisindeki vazgeçilmez konumlarına uygun bir yeniliktir. Bunun gibi kurucu iktidarın anayasa değişikliklerinin denetiminde şekle ilişkin aykırılıkların Mahkeme üyelerinin daha yüksek sayısı tarafından kararlaştırılması ile tali kurucu iktidarın yetkisine müdahale sayılabilecek tartışmalı kararlar çıkmasının da önü alınmış olabilir.

Anayasa değişiklik paketindeki yargı ile ilgili en önemli yeniliklerden bir diğeri ise HSYK ile ilgilidir. Bu bağlamda HSYK'nın oluşumu, çalışma şekli ve örgütlenmesi ile ilgili önemli yenilikler getirilmiştir. Oluşumu bağlamında en önemli yenilik yedi olan üye sayısının 22'ye yükseltilmesidir. Değişiklik öncesinde Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Yargıtaydan gelen üç ve Danıştaydan gelen iki üyeden oluşan HSYK adli ve idari yargı mensuplarının özlük haklarında yetkili bir Kurul olarak öngörülmesine rağmen, Kurulda ilk derece mahkemelerinde görev yapanların hiçbir şekilde temsili mümkün değildi. Yapılan değişiklikle mevcut yedi üyeye ek olarak Kurula adli yargı ilk derece mahkemelerinde çalışan hakim ve savcılar arasından seçilen yedi üye ile idari yargı ilk derece mahkemelerinde çalışan hakim ve savcılar arasından seçilen üç üye daha dahil edildi. Böylece Kurulda, ilk derece mahkemelerinde çalışanların da temsili sağlanarak yargının bütününe geniş ve orantılı temsili imkanı oluşturulmuştur. Bunun yanında Kurula Adalet Akademisinin kendi üyeleri arasından seçeceği bir üye ile Cumhurbaşkanının yükseköğretim kurumlarının hukuk alanında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçeceği dört üye daha dahil edildi. Böylece 22 asıl üyeye çalışan yeni bir HSYK oluşturulmuş oldu.

Eskisi ile karşılaştırıldığında Kuruldaki bu yeniliği olumlu kabul etmek gerekir. Çünkü artık HSYK'da az sayı yerine karma oluşuma dayalı kalabalık bir topluluk karar alacağı için kişisel kayırmalar, arkadaşlık ilişkileri, ideolojik endişeler, kayırma, kişisel çıkar, blok halinde oy kullanılması ve benzeri

## 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti

olumsuzluklar daha az rastlanılabilecektir<sup>14</sup>. Nitekim Türkiye, Avrupa ülkeleri arasında yüksek yargısal kurula yer veren ülkeler içerisinde en az üye ile yargısal kurulu oluşturan ülke olarak öne çıkmaktaydı<sup>15</sup>. Ayrıca Kurulda yargının bütününe geniş ve orantılı temsili imkanının sağlanması sayesinde Yargıtay ve Danıştay'ın HSYK'daki ağırlığının kırılmış olması da olumlu bir adımdır. Çünkü yargının oluşumu ve işleyişinde ağırlıklı etkiye sahip HSYK, eski biçimiyle, üye çoğunluğu yüksek yargıdan gelen bir kurul olarak vesayetçi modelin önemli bir aktörü olarak görülmekteydi<sup>16</sup>. Yine Kurulda yargının dışından seçilen belli sayıda üyeye yer verilmesi de Kurulun çoğulcu yapısının sağlanması, Kuruldaki korporatif oluşum sakıncalarının giderilmesi, yargı dışından gelen üyelerin Kurul çalışmalarına farklı bir gözle yaklaşarak daha yetkin kararlar alınmasına katkı sağlaması ve Kurulun demokratik meşruiyeti açısından olumlu karşılanabilir. Burada doğrudan halk tarafından seçilecek Cumhurbaşkanı'nın HSYK'ya üye seçmesinin demokratik meşruiyeti belli ölçüde katkı sağlayabileceği söylenebilir. Ancak, kanaatimizce demokratik meşruiyetin sağlanabilmesi açısından Kurulda TBMM'nin belli sayıda üyeyi nitelikli çoğunluk oyu ile seçmesi esasının benimsenmesi çok daha isabetli olabilir<sup>17</sup>. Nitekim Avrupa ülkelerindeki yüksek yargısal kurulların tümünde bu biçimdeki bir oluşumun tercih edildiği, yüksek yargısal kurullarda parlamentonun belli sayıda üye seçmediği ülke örneği bulunmadığı görülmektedir<sup>18</sup>. Öte

<sup>14</sup> Nitekim Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi de konuya ilişkin çalışmasında bu endişelerin bir kısmını dikkate alarak, yüksek yargısal kurulların çoğunluğu hakimlerden olmak üzere karma oluşum yöntemine göre oluşması gereğine vurgu yapmaktadır. Bkz.: "Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society". [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2007\)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2007)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3) (Erişim Tarihi: 10.02.2010).

<sup>15</sup> Bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yay., Ankara, 2010, s. 53-55.

<sup>16</sup> Bkz.: Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, 2009, s. 82.

<sup>17</sup> HSYK benzeri yüksek yargısal kurulda demokratik meşruiyetin sağlanabilmesi noktasında yasama organının belli sayıda üyeyi, yargı organının iktidar partisi karşısındaki tarafsızlığını da korumak için muhalefetle birlikte uzlaşarak seçmesi biçimindeki benzer bir öneri için bkz.: Sibel İNCEOĞLU, "Adalet Bakanlığının Yargı Reformu Stratejisine Yönelik Gözlemler", Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 531.

<sup>18</sup> Avrupa ülkelerindeki HSYK benzeri yüksek yargısal kurulların oluşumunda parlamentonun ağırlığı konusunda bkz.: Hakyemez, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", s. 53-55.

yandan Kurulda Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının konumu eskiye göre zayıflatılmıştır. Artık Adalet Bakanı Kurulda dairelerin değil, sadece Genel Kurulun çalışmalarına katılabilecek ve sadece orada oy kullanabilecektir. Disiplin konuları başta olmak üzere özlük konularındaki kararlar dairelerde alınacağına göre, Adalet Bakanının Genel Kurulda yer alması nedeniyle bu tür konularda oy hakkının olmaması olumlu bir yeniliktir. Adalet Bakanlığı Müsteşarı da bir dairede üye olarak bulunacak olmakla birlikte, artık eski gibi Kurul veya daire çalışmalarına katılmadığında çalışmaları bloke edemeyecektir. Bunlar olumlu yenilikler olmakla birlikte Adalet Bakanının Kurula Başkan olarak katılmasının Avrupa standardı ile bağdaşmadığı söylenebilir. Kanaatimizce Venedik Komisyonunun konuya ilişkin raporuna da olduğu gibi Türkiye’de de Adalet Bakanı Kurula özellikle disiplin gibi konularda oy hakkı olmamak koşuluyla üye olarak katılabilme imkanına sahip olmalı, ancak Kurul Başkanı parti politikaları ile ilgisi olmayan bir kişi olarak seçimle gelen üyeler arasından belirlenmelidir<sup>19</sup>. Adalet Bakanının bu biçimde Kurula sadece üye olarak katılma imkanı sağlanırken, Kurula dörtte bir oranındaki üyeyi TBMM’nin seçmesi imkanı sağlanmalıdır. Böylece Kurul oluşum açısından Avrupa standardına daha fazla yaklaşmış olacaktır.

Değişiklikte Kurulun yetkileri korunmuş olmakla birlikte artık yeni HSYK bu yetkilerini Genel Kurul yerine daha fazla daireler aracılığıyla yerine getirecektir. Nitekim bu bağlamda değişiklikle HSYK’nın üç ayrı daire biçiminde örgütlenmesi öngörülmüş ve dairelerin oluşumu ve işbölümü ise Kanuna bırakılmıştır. Bunun yanında değişiklikle birlikte HSYK’nın kendi sekreteryası, örgütü ve personeli de oluşturularak yargı bağımsızlığına daha fazla yaklaşmıştır. Nitekim önceki durumda HSYK bağlamında yapılan en önemli eleştirilerden birisi, Kurulun ayrı bir örgütü, özerk bütçesi, binası ve sekreteryası bulunmaması ve işlerinin Adalet Bakanlığı memurlarınca görülmesi nedeniyle Kurulun Adalet Bakanlığının merkez birimlerinden herhangi birinden pek farklı bir yönü olmaması biçiminde idi<sup>20</sup>. Değişiklikle ayrıca yine yargı bağımsızlığının bir gereği olarak hakim ve savcılarının görevleri ile ilgili soruşturmalarını yapmakla yetkili Kurul müfettişleri statüsü oluşturulmuştur. Ada-

<sup>19</sup> Venedik Komisyonunun raporu için bkz.: CDL-JD(2007)001 - “Judicial Appointments”: Revised discussion paper prepared by the Secretariat for the meeting of the Sub-commission on the Judiciary (14 March 2007). [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD\(2007\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JD(2007)001-e.asp). Erişim Tarihi: 10.02.2010.

<sup>20</sup> Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2009, s. 446.

## *2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti*

let Bakanlığı müfettişlerinin artık bu konularda denetim yetkisi kalmamıştır. Yine değişiklikle HSYK'nın meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılmıştır. Ancak HSYK'nın diğer kararlarına karşı yargı yolu açılmamış olması önemli bir sorun olarak devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa değişikliklerinin iptali dolayısıyla açılan dava dolayısıyla verdiği kararında, HSYK bağlamında gerçekleştirilen yeniliklerle yargı bağımsızlığının eskiye göre daha fazla sağlanmakta olduğunu şu şekilde ortaya koymuştur:

*“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısıyla ilgili olarak 5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle yapılan yeni düzenlemeyle Kurulun üye sayısının artırıldığı, seçim tabanının genişletildiği, Kurul üyelerinin büyük çoğunluğunun yargıçlar tarafından doğrudan seçilmesinin kabul edildiği, Kurul'un kendi sekreteryasına kavuşturulduğu ve Teftiş Kurulunun Kurul'a bağlandığı böylece özerk yapısının güçlendirildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanı'nın Kurula üye atama yetkisinin sınırlandırıldığı, Adalet Bakanı'nın dairelerin çalışmasına katılmasının yasaklandığı, Bakan'ın Teftiş Kurulu üzerindeki mutlak kontrolünün kaldırıldığı, böylece yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı anlaşılmaktadır. Kurul'un kararlarının kısmen de olsa yargı denetimine açılmasının hukuk devletinin güçlendirilmesine yönelik bir adım olduğu görülmektedir.*

*Bu nedenle, sözkonusu hükümlerin yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği söylenemez.”<sup>21</sup>*

Bunun gibi Avrupa Birliği Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2010 İlerleme Raporunda da HSYK ile ilgili Anayasa değişiklikleri olumlu karşılanmış, yargı bağımsızlığı bağlamında HSYK'nın üye sayısının artırılması, Kurulun oluşumunda farklı yerlerden üye seçilmesi, Kurulun kendi sekreteryası ve kendi müfettişlerine kavuşması ve Bakanın yetkilerinin eskiye göre azaltılmasına dikkat çekilerek yargı alanında ilerlemeler kaydedildiği vurgulanmıştır<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Bkz.: Esas Sayısı: 2010/49, Karar Sayısı: 2010/87, Karar Günü: 7.7.2010.

<sup>22</sup> Bkz.: 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, TC Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara, 2010, s. 7-8, 75.



### **Değerlendirme ve Sonuç**

2010 Anayasa değişikliklerinin içeriğine bakıldığında bunların çok farklı açılardan değerlendirilmesi mümkündür. Söz gelimi yeni bir anayasa ihtiyacı ortada iken ve bu bağlamda 1982 Anayasası değişik konulardaki hükümleri ile sorun doğurmaya devam ederken değişiklik kapsamının dar tutulması eleştirilebilir. Başka bir eleştiri sorunlu maddeler içerisinde sadece bazılarına eğilirken diğerlerinin pakete dahil edilmemesi hususudur. Bir diğer eleştiri ise yönetsel olarak değişikliklerin gerçekleştirilmesi sürecinde inisiyatifin parlamentodaki tek bir partide olması hususudur.

Bu tür eleştirilerin haklı noktaları olmakla birlikte 2010 Anayasa değişikliklerinin yine de özde olumlu yenilikler getirdiğini belirtmek gerekir. Yukarıda da sıralandığı üzere yirmi civarındaki maddede getirilen yenilikler aslında önemli ölçüde sorunlu anayasa hükümlerine az ya da çok olumlu çözümler getirmeyi amaçlamaktadır. Buna rağmen getirilen her yeniliğin istisnasız biçimde olumlu karşılanabileceği kanaatinde değiliz. Bu noktada bazılarında önemli yetersizlikler bulunmaktadır. Sözgelimi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının sadece AİHS kapsamındaki haklarla sınırlı tutulması, memurlara grev hakkı verilmeden sadece toplu sözleşme hakkı tanınması, YAŞ ve HSYK'nın sadece ihraç kararlarına karşı yargı yoluna başvuru imkanının getirilmesi bu noktada verilebilecek örneklerdir. Yine bunun gibi TBMM'nin Anayasa Mahkemesi ve HSYK'ya doğrudan ve nitelikli çoğunlukla belli sayıda üye seçme imkanının sağlanmaması da önemli eksiklikler arasında sayılabilir.

Her ne kadar TBMM'nin Anayasa Mahkemesi ve HSYK'ya belli sayıda üyeyi doğrudan seçme imkanının sağlanmaması önemli bir eksiklik ise de paketdeki hükümlerle Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşumunda eskiye göre daha çoğulcu bir yapının sağlanabileceğini belirtmek gerekir. Bu değişikliklerle yargının oluşumu bağlamında Yargıtay ve Danıştay'ın ağırlığı belli ölçüde kırılmıştır. Bununla birlikte, pakette Anayasa Mahkemesi ve özellikle HSYK'nın oluşumunda farklı eğilimleri de daha fazla temsil edebilecek bir formül benimsenmiş iken, Anayasa Mahkemesi pakete ilişkin açılan davada verdiği iptal kararıyla aslında bu çoğulcu yapının oluşumunu engellemiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, aslında sahip olmadığı bir yetkiyi kullanarak verdiği iptal kararı ile paketin öngördüğü yapıya müdahale ederek çoğulcu yapı yerine özellikle HSYK'da Yargıtay, Danıştay, idari yargı ve adli yargı mensupları arasından seçilecek üyeler belirlenirken tek bir listenin delinme-



## 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti

den temsil edilmesi gibi bir sonucun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır<sup>23</sup>.

2010 Anayasa paketi ile getirilen olumlu yeniliklerin Türkiye'deki demokratik hukuk devletinin gelişimine bundan sonraki süreçte çok daha fazla katkı sağlayabileceği söylenebilir. Artık bu yeniliklerle birlikte Türk siyasal hayatında 1961 Anayasası ile başlayan ve 1982 Anayasası ile zirve noktasına ulaşan bürokratik vesayetçi yapının demokratik boyuta doğru evrilmesi daha iyi sağlanabilecektir. Çünkü artık Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşumunda yapılan değişikliklerle birlikte bürokratik vesayetin yargı ayağında önemli kırılma ve güç kaybı yaşanabilecektir. Özellikle Yargıtay ve Danıştay'a üye seçerken artık HSYK'nın geniş oluşumu ile birlikte ortaya çıkan yeni yapısı ağırlıklı söz sahibi olacağından, bundan böyle belli bir eğilimin yüksek yargıdaki ağırlığı yerine zamanla daha farklı bir kompozisyon ortaya çıkabilecektir. Yine asker kişilerin darbe suçları ile ilgili olarak artık açıkça sivil adli yargının yetkili olduğunun öngörülmüş olması sivil siyaset ve demokrasinin pekişmesine katkılar sağlayabilecektir.

Aslında yargı ile ilgili getirdikleri de dikkate alındığında 2010 değişikliklerinin, 1961 Anayasasından bu yana ilk kez olağan dönemde askerin hiçbir etkisi olmaksızın gerçekleştirilmesi çok önemlidir. Değişikliklerin referandumda halkın yüzde 58'i tarafından kabul edilmiş olması da halkın bu yönlerdeki gelişmeyi desteklemesi biçiminde açıklanabilir. Nitekim bu noktada 12 Eylül 2010 referandum sonuçları halkın kendilerine dayatılan bir anayasa ye-

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi bu bağlamda iptal kararını şu gerekçeye dayandırmıştır: "5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasında Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi ile birinci sınıf adli ve idari yargı hâkim ve savcılar tarafından Kurul üyelerinin doğrudan seçilmesi öngörülmektedir. Ancak bu seçimlerde her seçmenin ancak bir aday için oy kullanması esası getirilmiştir. Buna göre, Yargıtay Genel Kurulunca seçilecek üç asıl üç yedek olmak üzere toplam altı Kurul üyesi için her Yargıtay üyesi yalnızca bir adaya oy verebilecektir. Bu durumda her Yargıtay üyesi altı kurul üyesinden yalnızca birisi için oy kullanabilecek, diğerlerinin seçimine iradesi yansımayacaktır. Aynı durum, Danıştay tarafından seçilecek iki asıl, iki yedek; Türkiye Adalet Akademisi tarafından seçilecek bir asıl, bir yedek; adli yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilecek yedi asıl, dört yedek ve idari yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilecek üç asıl, iki yedek üyelerinin seçimleri için de geçerlidir. Buna göre, bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımalarını sınırlayan böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır. Bu nedenle 5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasının, birinci tümcesinde yer alan '... ancak bir aday için ...' ibaresinin iptali gerekir". Bkz.: Esas Sayısı: 2010/49, Karar Sayısı: 2010/87, Karar Günü: 7.7.2010.

rine kendi anayasasını istediğini açıkça ortaya koyduğu biçimde yorumlanmıştır<sup>24</sup>. 2010 Anayasa değişikliklerinin bu bağlamda belki de en önemli sonuçlarından ve katkılarından birisi, artık hemen hemen tüm siyasal partilerin yeni anayasa ihtiyacını daha açık biçimde görmeleri ve bunu ifade etmeleridir<sup>25</sup>. Referandum sonuçları ve bunlara ilişkin siyasal parti temsilcilerinin değerlendirmelerinin Türkiye’de yeni anayasa ihtiyacının siyasetin gündemine çok daha güçlü biçimde oturmasına katkı sağladığı görülmektedir.

---

<sup>24</sup> Bkz.: Doğu ERGİL, “Constitutional Referandum: Farewall to the ‘Old Turkey’ ”, Insight Turkey, Vol: 12, No: 4, 2010, s. 15.

<sup>25</sup> Nitekim 12 Eylül 2010 tarihli referandum için yoğun biçimde hayır kampanyası yürüten Cumhuriyet Halk Partisi Genel Başkanının referandum sonuçlarından sonra bir gazeteciye verdiği mülakatta seçim sonrası oluşacak parlamentoyu beklemeden bir an önce yeni anayasa çalışmalarına başlanması bağlamındaki şu sözleri yeni anayasaya duyulan gereksinimi anamuhalefet partisinin de açıkça ifade etmesi açısından ilginçtir: “Yeni anayasa için neden seçim sonrası bekleyeceğiz? Şimdi Meclis’te bütün partiler bir araya gelimiz, bir süreç başlatırız.”. Bkz.: Fatih ÇEKİRGE, “Kılıçdaroğlu’ndan yeni anayasa mesajı: Seçimi beklemeyelim bir araya gelip hemen yapalım”, 26.09.2010, Hürriyet.

# TÜRK HUKUKUNDA VE MUKAYESELİ HUKUKTA İNTERNET SİTELERİNE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ VE İFADE HÜRRIYETİ

Doğan KILINÇ\*

## Özet

*İnternet, 20. yüzyılın en önemli olgularından birisidir. İnternet sayesinde ulusal ve uluslararası alanda bilgi paylaşımı ve iletişim inanılmaz derecede kolaylaşmıştır. İnternetin sunduğu fırsatların kötüye kullanılarak çeşitli suçların işlenmesi ise yasa koyucuları önlem almaya itmiştir. Erişimin engellenmesi İnternet ortamında işlenen suçlarla mücadelede tedbir olarak kullanılan bir araçtır. İfade hürriyeti, bireyin kişiliğini ve saygınlığını gerçekleştirmesine imkan sağlayan önemli bir özgürlüktür. Ancak, ifade hürriyeti sadece birey açısından değil çeşitli ve farklı fikirlerin ortaya çıkmasını temin etmesi nedeniyle toplum açısından da önemlidir. Bu çalışmada, İnternet sitelerine erişimin engellenmesi, ifade hürriyeti açısından incelenmiştir.*

*Anahtar Kelimeler:* İnternet, İnternet hukuku, erişimin engellenmesi, ifade hürriyeti.

## ACCESS BLOCKING FOR INTERNET AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE TURKISH AND COMPARATIVE LAW

### Abstract

*Internet is one of the most phenomena of the twentieth century. Thanks to the Internet in national and international information sharing and communication has become incredibly easy. The opportunities of the Internet using a variety of criminal charges of abuse of the legislators to take measures to have it. Access blocking is used as a tool to combat crimes on the Internet. Freedom of expression, is an important freedom to perform personality and dignity of individual. However, freedom of expression not only in terms of different individuals and different ideas because of the emergence of supply is also important for the community. In this study, access blocking to web sites, were examined in terms of freedom of expression.*

*Key words:* Internet, Internet law, access blocking, freedom of expression.

---

\* Dr., Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu-Koordinatör İletişim Uzmanı

## **A- Genel Olarak Erişim Engelleme**

Erişim engelleme, İnternet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir İnternet sitesine ulaşımının engellenmesidir. Erişim engelleme işlemlerinde kullanılan belli başlı teknikler şunlardır:

### **1- Alan Adından Erişim Engelleme**

Bu yöntemde, alan adı sunucularında (Domain Name System - DNS) ilgili alan adına erişim kapatılarak İnternet sitesine erişim engellenmektedir<sup>1</sup>. Alan adı (Domain Name), İnternet’te bir siteye ulaşmak için kullanılan adreslerdir. Herhangi bir İnternet sitesine ulaşmak isteyen ziyaretçiler, bu adresi kullanırlar. İnternet üzerinde aynı alan adı ancak bir kere tescil ettirilebilir. Bu nedenle, başkası tarafından tescil ettirilmiş bir alan adı satın alınamaz<sup>2</sup>. Örneğin, <http://www.tib.gov.tr> adresine alan adından erişim engelleme işlemi tesis edilmişse artık bu siteye giriş mümkün olmayacaktır<sup>3</sup>.

### **2- IP (İnternet Protokol) Adresinden Erişim Engelleme**

Başbakanlık tarafından çıkarılan “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”<sup>4</sup>’in 3. maddesinin h bendinde IP adresi; belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adres olarak tanımlanmıştır<sup>4</sup>. İnternet’e bağlanan her bilgisayarın mutlaka bir IP (İnternet Protokol) adresi vardır. IP adresi, noktalarla ayrılan dört rakamdan oluşur. Örneğin, 212.175.136.148 Bir İnternet sitesinin IP adresi biliniyorsa, genellikle adres çubuğuna (web tarayıcısı) bu adres yazılarak siteye ulaşılabilir. Ancak bu rakamları akılda tutmak zor olduğu için her bir IP adresine karşılık gelen alan adları kullanılmaktadır<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> [http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<sup>2</sup> <http://v1.ce.com.tr/sour.ce/index.asp?wss=ce.com.tr&wpg=hizmetdetay&did=D9C96C6D-7346-;4153-949A-3ECED03F31D0> (Erişim tarihi: 24.03.2010); Alan adları konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Cafer CANBAY, Alan Adları Yönetimi, Dünya Uygulamaları Türkiye İçin Çözümsel Yaklaşımlar, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005

<sup>3</sup> Ancak, burada şunu belirtmek gerekir ki, İnternet dünyasında bilgi ve iletişim teknolojileri kullanıldığından yüzde yüz erişimi engellemek zordur. Erişimi engelli bir internet sitesine çok verimli olmasa da teknik olarak erişim yolları bulunmaktadır.

<sup>4</sup> [http://www.tib.gov.tr/yonetmelik\\_detay1.html](http://www.tib.gov.tr/yonetmelik_detay1.html) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<sup>5</sup> [http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar\\_bilgisi/bilgi/15.html](http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/15.html) (Erişim tarihi: 24.03.2010). IP adresleri değişken IP adresi ve sabit IP adresi olmak üzere ikiye ayrılır. Sabit IP adresi,

## ***İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi***

IP adresinden yapılan erişim engellemede, yönlendiricilerde erişim listesi (Access list) yazılarak ilgili IP adresine erişim engellenir. Bir IP adresinde birden fazla alan adına ait içerikler bulunabilir. IP adresinden erişim engelleme yapıldığında, o IP adresinde yer sağlanan bütün alan adlarına birden erişim engellenmiş olacaktır. Bu yüzden, IP adresinden erişim engelleme o adreste sadece bir alan adı bulunmadığı durumlarda veya bunun belirlenemediği durumlarda kullanılması problem teşkil edebilir<sup>6</sup>. Başka bir ifadeyle, bir İnternet sitesinde suç teşkil eden içerik nedeniyle IP adresinden erişim engelleme kararı verilir ve söz konusu site alan adı yanında IP adresinden de erişime engellenirse aynı IP adresi üzerinde yer alan ve herhangi bir suç teşkil etmeyen pek çok site engellenmiş olacaktır.

### **3- Nesne Tabanlı (URL) Erişim Engelleme**

İnternet adreslerinin ismi URL'dir. (Uniform Resource Locator) Terim, "standart kaynak bulucu" olarak Türkçeye çevrilebilir. Her İnternet sayfasının sadece kendine ait bir URL'si vardır<sup>7</sup>. Başka bir ifadeyle, URL bir İnternet sitesindeki herhangi bir konunun bulunduğu tam İnternet adresi olarak ifade edilebilir. <http://www.tib.gov.tr> adresinde hukuksal düzenlemelerin yer aldığı [http://www.tib.gov.tr/kanun\\_yonetmelik.html](http://www.tib.gov.tr/kanun_yonetmelik.html) sayfası URL'ye örnek olarak verilebilir.

Bir İnternet sitesinin yalnızca suç içeren sayfasının erişime engellenmesi, gerek hakkaniyet gerekse ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Ancak, bu yöntem teknik olarak mümkün olmakla birlikte uygulanması oldukça zor ve maliyetlidir. Bu yöntem, ayrıca İnternet trafiğinin hızının yavaşlamasına neden olur.

### **B- Türkiye'de Erişim Engelleme Uygulamaları**

Ülkemizde bugün uygulanmakta olan erişim engellemelerine ilişkin düzenlemeleri üç başlık altında toplayabiliriz.

1- 5651 sayılı yasa kapsamında verilen erişim engellemeler.

---

belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, zamana, oturma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresi olarak tanımlanabilir. Bu IP adresinin özelliği, zamana ve oturma göre değişmemesidir. Değişken IP adresi ise, zamana ve oturma göre değişir. Başka bir ifadeyle kişi her İnternete bağlantısında farklı bir IP adresi alır.

<sup>6</sup> [http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<sup>7</sup> [http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar\\_bilgisi/bilgi/24.html](http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/24.html) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

2- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu<sup>8</sup> madde Ek 4. madde kapsamında verilen erişim engellemeler.

3- Hukuk mahkemelerince erişimin engellenmesi niteliğinde verilen “ihtiyati tedbir” kararları<sup>9</sup>.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu erişim engellemesi konusunda düzenleme içerdiğinden bu kanunu ihlal eden bir İnternet sitesi hakkında erişim engelleme kararı verilebileceği ileri sürülebilir<sup>10</sup>.

Hukuk mahkemelerince erişimin engellenmesi niteliğinde verilen ihtiyati tedbir kararları ise, 5651 sayılı kanunun düzenlemeleri karşısında kanımızca hukuka aykırıdır. Bu kapsamda verilen kararlara genellikle kişilik haklarının ihlali gerekçe teşkil etmektedir. 5651 sayılı kanunun 9. maddesi hükümleri karşısında bu kanundan sonra hukuk mahkemelerince ihtiyati tedbir kararıyla İnternet sitelerinin erişiminin engellenmesi kararının verilemeyeceği ileri sürülebilir<sup>11</sup>. 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi, bir İnternet sitesinde yer alan içerik nedeniyle hakkı ihlal edilen kişilere bu ihlali giderme imkânı getirmiştir<sup>12</sup>. Buna göre; hakkı ihlal edilen kişi içerik veya yer sağlayıcıya

<sup>8</sup> <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.5846&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<sup>9</sup> <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/435.html> 101 vd. maddeler. (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<sup>10</sup> Ek Madde 4 – (Ek: 21/2/2001 - 4630/37 md.) (Değişik üçüncü fıkra: 3/3/2004-5101/25 md.) “Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları hâldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlê durdurulmasını ister. İhlâlê devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlê durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermeye yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir”.

<sup>11</sup> Benzer yaklaşım için bkz. Yaman Akdeniz-Kerem Altıparmak, İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme, İmaj Yayınevi, Ankara, 2008, s. 23.

<sup>12</sup> Madde 9- (1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

başvurarak bu ihlalin giderilmesini isteyebilir. İhtiyati tedbir yoluyla İnternet sitelerine erişimin engellenmesi kararının verilmesi, kanımızca konuya ilişkin özel kanun bulunması nedeniyle hukuksal açıdan tartışmalıdır.

Anayasamızın 6. maddesinde<sup>13</sup>; hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı hükme bağlanmıştır. Hukuk devleti; faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet anlayışıdır. Tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir<sup>14</sup>.

Sonuç olarak, 5651 sayılı Kanunun erişim engellenmesine ilişkin özel nitelikli bir Kanun olması, Kanunda erişimi engellenebilecek suçlar katalog şeklinde sayılması dikkate alındığında, özel kanunlarda belirtilen durumlar dışında herhangi bir İnternet sitesine erişimin engellenmesi kararı verilememesinin hukuk devletinin bir gereği olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle, 5651 sayılı kanun veya özel kanunlarda belirtilen durumlar dışında erişim engelleme kararı verilememelidir. Nasılki örneğin, ülkemizdeki kiralar konusunda 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun uygulanıyorsa İnternet ortamındaki yayınlara erişim konusunda da özel nitelikli bir kanun olan 5651 sayılı kanunun dikkate alınması gerekir. Ancak 5651 sayılı kanuna rağmen uygulamada katalog suçlar dışında erişim engelleme kararları verilmektedir. Bu uygulamalar, kanun koyucunun 5651 sayılı kanunla hedeflediği amaçlarla bağdaşmadığı gibi hukuka da uygun değildir.

---

süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır.

<sup>13</sup> <http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/kitap/1982ana.doc> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<sup>14</sup> Hukuk devleti hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s.91.

## **C- 5651 Sayılı Kanuna Göre Erişimin Engellenmesi**

### **1- Erişim Engelleme Kararı Vermeye Yetkili Makamlar**

#### **a- Adli Makamlar**

4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun<sup>15</sup> 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre, erişimin engellenmesi kararı; soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilebilir. Ancak, soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da erişimin engellenmesine karar verebilir. Kanun, Cumhuriyet savcısının bu kararı vermesini iki şarta bağlamıştır. Birincisi, erişim engellenmesi kararı verilmediği takdirde sakıncalı bir durumun ortaya çıkacak olması gerekir. İkincisi, bu kararın 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerekir. Hakim 24 saat içinde bu kararı onaylaması gerekir. Aksi takdirde erişim engelleme tedbiri Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılmak zorundadır. Erişim engelleme kararı verildikten sonra gereği yapılmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na gönderilir. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinin birinci maddesine göre, Başkanlık kendisine ulaşan kararları İnternet servis sağlayıcılara elektronik ortamda göndererek infaz edilmesini sağlar.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, erişim engelleme kararlarının uygulanmasında merkezi bir birim olarak düşünülmüştür. Başkanlığa gelen kararlar, uygulanmak üzere İnternet servis sağlayıcılara gönderilir. Başka bir ifadeyle, erişim engelleme kararlarının teknik uygulamasını gerçek ve tüzel kişilerin İnternet erişimini sağlayan İnternet servis sağlayıcıları yapmaktadır.

#### **b- Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı**

5651 sayılı kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrasında belirli şartların bulunması halinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na İnternet sitelerine erişim engelleme yetkisi verilmiştir. Başkanlığın erişim engelleme kararı verebilmesi için, kanunda belirtilen suçların işlendiğine ilişkin yeterli

<sup>15</sup> Kanun 23 Mayıs 2007 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla birlikte erişimin engellenmesi ile ilişkin 8. madde 23 Kasım 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523.htm> (Erişim tarihi: 24.03.2010)



## ***İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi***

şüphe sebebi bulunan İnternet sitesinin yer veya içerik sağlayıcısının yurt dışında bulunması gerekir. Öte yandan, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesinin birinci fıkrasına göre Başkanlık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen çocukların cinsel istismarı veya müstehcenlik suçlarında İnternet sitesinin içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde olsa bile 24 saat içinde hakim onayına sunulmak şartıyla erişim engelleme kararı verebilir.

### **2- Erişim Engelleme Kararının Kaldırılması veya Hükümsüz Kalması**

Erişimin engellenmesine neden olan içerik İnternet sitesinden çıkarıldığı takdirde, dava soruşturma aşamasında ise Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından engelleme kararının kaldırılmasına karar verilebilir ve bu kararlar Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na gereği yapılmak üzere gönderilir.

### **D- Erişim Engelleme Kararı Verilebilen Suçlar**

5651 sayılı kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasında erişimi engellenebilecek suçlar katalog halinde sayılmıştır. Bu suçlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan,

- 1) İntihara yönlendirme (madde 84),
- 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),
- 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),
- 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),
- 5) Müstehcenlik (madde 226),
- 6) Fuhuş (madde 227),
- 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlardır.

Mevzuatımızda erişimin engellenmesi konusu, 5651 sayılı kanunla düzenlenmekle birlikte, kanun koyucu çeşitli kanunlarda konuyla ilgili özel düzenlemeler yapmaktadır. 7258 sayılı “Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun” bu kapsamda

değerlendirilebilir. Bu kanunda 23.1.2008 tarihinde değişiklik yapılmış ve 7258 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın, spor müsabakaları ile ilişkili olarak sabit ihtimalli veya müşterek bahis oynatan İnternet siteleri hakkında erişim engelleme tedbirinin uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>16</sup>.

5651 sayılı Kanunda erişimin engellenmesi hususunda dikkat çeken husus, engelleme kararı verilebilmesi için suçun sübut bulmasına gerek olmamasıdır. Kanun koyucu, suçun oluşmasına ilişkin “yeterli şüphe sebebi” terimini tercih etmiştir. Dolayısıyla suçun işlendiğine ilişkin emarelerin bulunması durumda yetkili makamlar engelleme kararı verebilecektir. Öte yandan, engelleme kararı zaten tedbir niteliğinde olduğundan şayet herhangi bir suçun işlenmesi söz konusu değilse İnternet sitesinin ilgilileri engelleme kararının kaldırılmasını talep edebilecektir.

### **E- Erişim Engelleme Kararında Bulunması Gereken Unsurlar**

Başbakanlık tarafından çıkarılan, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinde koruma tedbiri olarak verilen erişim engelleme kararında bulunması gereken unsurlar belirtilmiştir. Teknik bir nitelik taşıyan erişim engelleme kararlarının etkili bir şekilde uygulanabilmesinde, maddede yer alan unsurların belirtilmesi oldukça önemlidir. Erişim engelleme kararında bulunması gereken hususlar şunlardır<sup>17</sup>:

- 1- Kararı veren merciin adı,
- 2- Karar tarihi ile soruşturma numarası veya kovuşturmayaya geçilmişse mahkeme esas numarası,
- 3- Tedbirin hangi suç için istendiği, bu suça ilişkin yeterli şüphe sebeplerinin neler olduğu,
- 4- “URL adresi: <http://www.abcd.com/abcdefgh.htm>” şeklinde örneklenen, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresi,
- 5- “www.abcd.com” şeklinde örneklenen, hakkında tedbir uygulanacak İnternet yayınlarının alan adı,
- 6- Hakkında tedbir uygulanacak İnternet yayınlarının bulunduğu yer sağlayıcıya ait IP adresi,

<sup>16</sup> <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.7258&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<sup>17</sup> <http://www.tib.gov.tr/node/86> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

7- Alan adı veya IP adresi olarak erişim engelleme yöntemi.

5651 sayılı kanunun uygulamalarında genellikle mahkemelerce verilen kararlarda İnternet sitesinin bir kısmında yer alan ve suç teşkil eden içerik nedeniyle sitenin tamamı erişime engellenmektedir. Eğer İnternet sitesinin yer sağlayıcısı<sup>18</sup> Türkiye’de ise, engelleme kararında URL adresinin yer alması halinde sitenin tamamının engellenmesi ihtimali ortadan kalkacaktır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi çerçevesinde yer sağlayıcıyla irtibata geçerek suç teşkil eden URL’nin kaldırılmasını sağlayabilir ve böylece sitenin tamamının erişime engellenmesi önlenmiş olur. Bu itibarla, erişim engelleme kararında URL’nin bulunması kanımızca çok önemlidir.

Burada tartışılması gereken diğer bir husus erişim engelleme yöntemlerinin hangileri olacağına ilişkindir. Yönetmeliğin 15. maddesine göre; erişim engelleme, alan adından veya IP adresinden yapılabilir. Burada, takdir yetkili makamındır. Kanımızca, erişim engelleme kararı veren makam pekala nesne tabanlı (URL) engellemeye de karar verebilir. Hukuk kurallarının yorumlanmasında çeşitli metotlar kullanılmaktadır. Bunlardan birisi olan evleviyet (a fortiori) ilkesine göre; bir işlemin yapılmasında yetkili olan makam o işlemin daha azını yapmaya da yetkilidir<sup>19</sup>. Başka bir ifadeyle, çoğun içinde az da bulunmaktadır. Dolayısıyla bir İnternet sitesini alan adından veya IP adresinden engellemeye yetkili olan URL’den de engellemeye yetkili olacağından dolayı engelleme konusunda yetkili makamlar URL engelleme yöntemini tercih edebilirler.

### **F- Avrupa Birliği’nin İnternet İçerik Düzenlemesine Yaklaşımı**

Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliğinin diğer organlarıyla birlikte, İnternet’teki zararlı ve yasa dışı içeriklerle mücadele konusunda aktif ve olumlu bir yaklaşım sergilemektedir. Bu yaklaşımda 1996 yılında yayınlanan

<sup>18</sup> 5651 sayılı yasanın 2. maddesinde yer sağlayıcı; “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Yer sağlayıcı, teknik olarak İnternet ortamında yayın yapılmasına imkan sağlar. Örneğin, abcd.com.tr adlı İnternet sitesinin İnternet ortamında yayın yapılabilmesi için bir yer sağlayıcıyla anlaşmak gerekir. Bir kişi kendi evine kurduğu bir sunucu vasıtasıyla da İnternet ortamında yayın yapılabilir. Ancak, bu maliyetli olduğundan genellikle yer sağlayıcılığı faaliyetinde bulunan bir kişi veya şirketle anlaşmak daha ekonomik olacaktır. Kısaca, hazırladığımız içerikleri İnternet ortamında yayına sunabilmek için teknik olarak bir yer sağlayıcının sunucusunda (bilgisayarında) İnternet sitemizi barındırmamız gerekmektedir.

<sup>19</sup> Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008, s.212.

“Haberleşmede yasa dışı ve zararlı içerik”<sup>20</sup> ile “Küçüklerin ve İnsan Onurunun Korunmasına ilişkin Yeşil Kitap”<sup>21</sup> etkili olmuştur.

Bilindiği gibi, Avrupa Komisyonu’nun Avrupa Antlaşmaları çerçevesinde yasa için inisiyatif alma hakkı vardır. Bu durum, Komisyonun konuyla ilgili çalışma yapmasına imkan sağlamaktadır. Komisyon, yasal mekanizmanın kullanılmasında ayırım yapmamaktadır. Başka bir ifadeyle, çevrim dışı (off-line) yasa dışı olan, çevrim içi de (on-line) yasa dışıdır. Görüldüğü gibi, Komisyon yasa dışı eylemlerde sanal ortama özgü bir ayırım yapmamakta buradaki yasa dışı içeriklerle mücadele etmeyi hedeflemektedir.

Komisyon diğer taraftan, endüstrinin öz denetimine vurgu yapmakta (self-regülasyon) ayrıca, kullanıcıların farkındalığının artırılması gerektiğini ifade etmektedir. AB Komisyonuna göre; yasa dışı içerik ile potansiyel zararlı içerik arasında fark vardır.

### **1- Yasa dışı İçerik**

Yasa dışı içerik, yürürlükte bulunan mevzuatla bağdaşmayan içeriktir. Sektörde faaliyette bulunanlar ve kullanıcılar yasa dışı içerikleri ihbar hatlarına (hotline) bildirerek yardımcı olabilirler. Ancak, soruşturma ve kovuşturma makamları ile hukuk uygulayıcılarının yasa dışı bir içerik söz konusu olduğunda hukuki sorumlulukları bulunmaktadır<sup>22</sup>.

Sektör ve kullanıcılar, buldukları yasa dışı içeriği rapor ederek hukuk uygulayıcılarına yardımcı olabilirler. Sektörde faaliyette bulunanlar ayrıca, saldırganların izlerini sürerek ve yasa dışı içeriği İnternet ortamından kaldırarak hukuk uygulayıcılarına yardımcı olabilirler.

AB Güvenli İnternet Kullanımı Aksiyon Planında<sup>23</sup> Avrupa İhbar Hatları Ağı kurulmasını desteklemektedir. Böylece, kullanıcılar hukuk uygulayıcılarına ve sektöre bu merkezler vasıtasıyla bildirimde bulunabileceklerdir. Kullanıcılar ayrıca, maruz kaldıkları yasa dışı içeriklere karşı teknik önlemler ve eğitim vasıtasıyla korunabilirler<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> <http://www.ispo.cec.be/legal/en/İnternet/communic.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>21</sup> <http://www.ispo.cec.be/legal/en/İnternet/gpen-toc.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>22</sup> <http://www.copacommission.org/meetings/hearing3/eu.test.pdf> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>23</sup> <http://www.ispo.cec.be/iap> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>24</sup> <http://www.copacommission.org/meetings/hearing3/eu.test.pdf> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

## **2- Potansiyel Zararlı İçerik**

Bazı ülkelerde hukuk kuralları, çocuklar için yapılacak yayımların içeriğine yönelik kuralları kesin olarak belirleyebilir. Zararlı içerik, bu tür içerik türlerini kapsar fakat bundan daha geniştir. Zararlı içerik, anne babanın İnternet'te çocuğunun girmesini tercih etmeyeceği her türlü içeriği kapsar. Bu gereklilik açısından durum, yasa dışı içerik düzenlemesinden tamamen farklıdır. Birincisi, bu tür içerikler yetişkinler açısından yasa dışı değildir. İkincisi; ailelerin özelliği ve ulusal kültürler nedeniyle neyin zararlı içerik olduğu konusunda farklı yaklaşımlar olabilir. Bu yüzden, küçüklerin girmesinin yasaklanacağı içeriğin tanımlanmasının uyumlaştırılması konusunda AB'de çalışma yapılmamış olup ulusal uygulamalar devam etmektedir. AB, çocukların anne-babalarının vasıtasıyla kontrolünü ve eğitimi kararlı bir şekilde desteklemektedir. Bu yaklaşım, anne-babalara istedikleri ölçütleri belirleme konusunda karar verebilmelerine imkan sağlar<sup>25</sup>.

Küçüklerin ve İnsan Onurunun Korunmasına İlişkin Tavsiye; İnternet Servis Sağlayıcılarını yönlendirmek için kurallar geliştirilmesini ve uygun derecelendirme ve filtreleme sistemleri ile anne babalara daha fazla bilgi ve uyarılar verilmesini sağlayan ulusal öz-denetim (self-regülasyon) sistemleri kurulmasını desteklemektedir. AB aksiyon planı, aile kontrol teknolojileri ve farkındalığı yükseltme faaliyetleri için finansal yardım sağlamaktadır<sup>26</sup>.

## **3- Uluslararası İşbirliği**

AB, İnternetin küresel doğası nedeniyle, yasa dışı ve zararlı içerikle mücadelede uluslararası işbirliğinin temel bir nokta olduğunu kabul etmektedir. Aşağıdaki faaliyetler bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>27</sup>.

- Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Kayıp ve İstismar Edilen Çocuklar Merkezi (the US National Center for Missing and Exploited Children-NCMEC<sup>28</sup>),

- İnternet İçerik Derecelendirme Kurumu (I.C.R.A.)<sup>29</sup>, çocukları zararlı potansiyel zararlı içeriklerden korumayı amaçlayan bir kuruluştur. Başka bir

<sup>25</sup> <http://www.copacommission.org/meetings/hearing3/eu.test.pdf> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>26</sup> <http://www.copacommission.org/meetings/hearing3/eu.test.pdf> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>27</sup> <http://www.copacommission.org/meetings/hearing3/eu.test.pdf> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>28</sup> <http://www.missingkids.com/> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>29</sup> <http://www.icra.org> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

ifadeyle bu kuruluş, İnternet sitelerini derecelendirmek suretiyle korumacı kuruluşlara yardımcı olmayı hedeflemektedir.

- Avrupa Komisyonu, 2000 yılında güvenli İnternet kullanımı konusunda başarılı bir toplantı yapmıştır<sup>30</sup>. Ayrıca, getnetwise oluşumu<sup>31</sup> Amerika'daki farkındalıkla ilgili faaliyetler konusunda Komisyona bilgi vermiştir.

## **G- Erişim Engellemede Dünya Uygulamaları**

### **1- Avustralya**

Avustralya'da İnternet Düzenleme Yasası, 1992 tarihli “Yayın Hizmetleri Yasasına” ek olarak 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>32</sup>. Söz konusu düzenleme ile Avustralya'da düzenleyici kuruluş olan Avustralya İletişim ve Medya Kurumu (ACMA)<sup>33</sup> yer sağlayıcısı Avustralya dışında olan, yasaklı veya şüpheli içeriğe erişimi engelleyici tedbirlerin alınması hususunda yetkilendirilmiştir.

20 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren yeni bir düzenlemeyle de<sup>34</sup> ACMA, yasaklı veya şüpheli içeriklere ilişkin;

- Yer sağlayıcı (hosting) servisi olması durumunda, “uyar-kaldır”,
  - Canlı içerik servisi olması durumunda, “yayın durdurma”,
  - Bağlantı “link” servisi olması durumunda “link silme”,
- konularında yetkilendirilmiştir.

Yasaklı içerik; hükümetin, film ve video oyunlarına ilişkin derecelendirme (yayınların sınırlandırılması) yönergesi<sup>35</sup> doğrultusunda, Derecelendirme Kurulu<sup>36</sup> tarafından belirlenmekte, şüpheli içerik ise; Derecelendirme Kurulu

<sup>30</sup> <http://www.qlinks.net/iap/infoday.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>31</sup> <http://www.getnetwise.org> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>32</sup> [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/bsa1992214/sch5.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/bsa1992214/sch5.html) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>33</sup> [http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PUB\\_CONT\\_DIR](http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PUB_CONT_DIR) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>34</sup> [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/bsa1992214/sch7.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/bsa1992214/sch7.html) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>35</sup> [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/LegislativeInstrumentCompilation1.nsf/0/F0EC030A108C93DDCA2574120004F6B8/\\$file/FCGGuidelines2005.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/LegislativeInstrumentCompilation1.nsf/0/F0EC030A108C93DDCA2574120004F6B8/$file/FCGGuidelines2005.pdf) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>36</sup> <http://www.classification.gov.au/special.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

tarafından tasnif edilmemiş ancak yasaklanması gerektiğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunan içerik olarak belirlenmektedir. Ayrıca ACMA, belirli İçerik Servis Sağlayıcılarını ve Yer Sağlayıcılarını düzenleyebilme konusunda yetkilendirilmiştir.

Avustralya'daki düzenlemeleri Avustralya içi ve dışı olmak üzere ikiye ayırarak inceleme faydalı olacaktır<sup>37</sup>.

### **a- Avustralya'da Barındırılan/Avustralya Bağlantısı Olan İçerik**

2008 yılından önce düzenleme Avustralya'da barındırılan veya Avustralya dışında barındırılan içerik olmak üzere ayrılmıştır. 2007 yılında yapılan değişiklikle<sup>38</sup> Avustralya'dan sağlanan “canlı içerik” servislerinin de eklenmesiyle Avustralya bağlantısı olan içerik olarak yeniden tanımlanmıştır.

ACMA, Avustralya Bağlantısı olan içeriklerin kaldırılması ile ilgili, yer sağlayıcıya “Uyar-Kaldır” bildirimini, canlı içerik servisi sağlayıcısına “servis durdurma” bildirimini, link servisi sağlayıcısına da “link silme” bildirimini göndermektedir.

ACMA, Avustralya bağlantısı olan içeriğe ilişkin bir şikayet aldığı anda<sup>39</sup>;

- İçerik; Derecelendirme Kurulu tarafından “yasaklı içerik” olarak tasnif edilmiş ise, ACMA servis sağlayıcıya kesin bildirimini göndermektedir.

- İçerik; daha önce Derecelendirme Kurulu tarafından tasnif edilmemiş ancak ACMA'ya göre şüpheli ise servis sağlayıcıya geçici bildirimde bulunur ve Derecelendirme Kurulundan içeriğin derecelendirilmesini talep eder. Derecelendirme Kurulundan gelen cevaba göre geçici bildirim, ya kesin bildirim dönüşür veya iptal edilir.

- ACMA, kanuni yaptırım gerektiren içeriğe ilişkin Avustralya Polis teşkilatına veya ACMA ile Polis Teşkilatının aralarında yapacağı anlaşma ile belirleyecekleri bir kişi veya kuruluşa bildirimde bulunmak zorundadır. Bu durumda, soruşturmayı olumsuz yönde etkilememesi için, servis sağlayıcıya gönderilen geçici veya kati bildirim ertelenebilir veya uygulanmayabilir.

<sup>37</sup> [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/LegislativeInstrumentCompilation1.nsf/0/F0EC030A108C93DDCA2574120004F6B8/\\$file/FCGGuidelines2005.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/LegislativeInstrumentCompilation1.nsf/0/F0EC030A108C93DDCA2574120004F6B8/$file/FCGGuidelines2005.pdf) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>38</sup> [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/39F182CD2726B0E7CA257323000FE5E0/\\$file/1242007.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/39F182CD2726B0E7CA257323000FE5E0/$file/1242007.pdf) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<sup>39</sup> [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/39F182CD2726B0E7CA257323000FE5E0/\\$file/1242007.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/39F182CD2726B0E7CA257323000FE5E0/$file/1242007.pdf) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

## **b- Avustralya Dışında Barındırılan/Avustralya Bağlantısı Olmayan İçerik**

Avustralya'da dışında barındırılan içerikle ilgili, ACMA'nın Derecelendirme Kurulu'ndan derecelendirme almasına gerek yoktur. ACMA tarafından yasaklı veya şüpheli olarak belirlenen içerik kara listeye alınır ve söz konusu kara listeyi bloke etme konusunda yükümlülük alan, içerik filtreleme üreticilerine iletilir.

### **2- İngiltere**

Çocukları Koruma Kanunu (Protection Of Children Act 1978), Cinsel Suçlar Kanunu (Sex Offences Act 2003), Müstehcen Yayınlar Kanunu (Obscene Publications Act 1959 & 1964), Cezai Adalet ve Göçmen Kanunu (Criminal Justice And Immigration Act 2008), Kamu Düzeni Kanunu (Public Order Act 1986) İngiltere'de erişim engellemesiyle ilgili düzenlemelerdir. İngiltere ayrıca, AB'nin Elektronik Ticaretle ilgili 2000/31 sayılı Direktifin uygulanması çerçevesinde İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu İçin Uygulanabilir Direktif hazırlamıştır. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 2000/31 sayılı e-ticaret Direktifi 8 Haziran 2000 yılında kabul edilmiş ve İngiltere'de 21 Ağustos 2002 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>40</sup>.

İngiltere'nin en büyük İnternet Servis Sağlayıcısı olan İngiltere Telekom (BT), İngiltere'deki İnternet İhbar Merkezi olan İnternet İzleme Kurumu'nun (İnternet Watch Foundation-IWF) tespit etmiş olduğu çocukların cinsel istismarına yönelik içeriğin engellenmesine yönelik, "Cleanfeed"<sup>41</sup> olarak adlandırılan içerik bloke sistemini 2004 yılının Haziran ayında servise sunmuştur. Söz konusu sistemde, İnternet kullanıcılarına, bloke edilen içeriğe ilişkin herhangi bir bilgilendirilmede bulunulmamakta, bloke edilen sayfada sistem, "sayfası bulunamadı" (hata kodu 404) uyarısı vermektedir.

IWF, İnternet Servis Sağlayıcıları, Telekomünikasyon firmaları, GSM operatörleri, Yazılım firmaları, Polis teşkilatı, Hükümet ve Kamu ile ortak çalışmalar yaparak özellikle çocuk istismarı olmak üzere İnternet'te yasa dışı içerikle mücadele etmek amacıyla İngiliz Hükümetinin desteğiyle 1996 yılında kurulmuştur<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:HTML> (Erişim tarihi: 26.03.2010)

<sup>41</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Cleanfeed\\_\(content\\_blocking\\_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Cleanfeed_(content_blocking_system)) (Erişim tarihi: 26.03.2010)

<sup>42</sup> <http://www.iwf.org.uk/> (Erişim tarihi: 26.03.2010)



## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

Kraliyet Savcılık Servisi (CPS) ile Emniyet (the Association of Chief Police Officers -ACPO) arasında yapılan mutabakat zaptı Sex Offences Act'ın 46. maddesi çerçevesinde yapılmıştır. Kraliyet Savcılık Servisi ile Emniyet ortak çalışmalarıyla bu mutabakat zaptı (Memorandum of Understanding) oluşturmuştur. İki kurum da soruşturma ve kovuşturma otoritelerinin ortak çalışmasının ve bilgi paylaşımının uygulama açısından çok önemli olduğunu ifade etmiştir<sup>43</sup>.

İngiltere'de çocuk pornosuyla mücadele amacıyla kurulan bir sivil toplum örgütü olan IWF bu mutabakat zaptına istinaden işlem yapmaktadır. IWF, hükümet, polis ve İnternet endüstrisindeki şirketlerin anlaşmasıyla kurulmuştur. İnternet servis sağlayıcıları, mobil telefon operatörleri, filtreleme ve yazılım şirketleri, ekonomi sektörleri de IWF' ye üye olarak çocuk pornosuyla mücadeleyi desteklemektedir.

Bu mutabakat zaptı, ulusal ve Avrupa hukukuna göre hazırlanmıştır. Bu mutabakat zaptı, çocuk istismarı resimlerinin oluşturulması ve dağıtılmasıyla mücadele etmede, kamuya açık elektronik iletişim ağları ve servislerin saldırılara maruz kalma durumunda uygulanacak esasları da belirler. Mutabakat zaptı, İngiltere'de çocuk pornosuyla mücadele konusunda ayrıcalıklı bir yere sahiptir.

Üst düzey yöneticileri emekli polis teşkilatı mensuplarından oluşan ve bünyesinde hukukçu barındırmayan IWF , Sexual Offences Act 2003'de yer alan düzenlemeler ve İngiltere'deki 52 polis teşkilatı ile imzalamış oldukları mutabakat zaptıyla, çocukların cinsel istismarına yönelik yayınları inceleyip işlem sürecini tetikleyebilmektedir<sup>44</sup>.

İngiltere'de, Ocak 2009'da yürürlüğe giren bir düzenlemeyle (Criminal Justice and Immigration Act 2008)<sup>45</sup> halihazırda suç olmayan bazı ekstrem yetişkin pornografisi bulundurmamak da suç haline getirilmiştir.

İngiltere Telekom'un "Cleanfeed" sistemini servise vermesini müteakip, 2006 yılında, İçişleri Bakanı Vernon COAKER, tüm İnternet Servis Sağlayıcılarından, 2007 yılının sonuna kadar "Cleanfeed" benzeri network seviyesinde içerik bloke platformu kurmalarını beklediklerini ifade

<sup>43</sup> <http://www.iwf.org.uk/police/page.22.13.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2010)

<sup>44</sup> [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2003/plain/ukpga\\_20030042\\_en](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2003/plain/ukpga_20030042_en) (Erişim tarihi: 26.03.2010)

<sup>45</sup> [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/plain/ukpga\\_20080004\\_en](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/plain/ukpga_20080004_en) (Erişim tarihi: 26.03.2010)

etmiştir<sup>46</sup>. Vernon COAKER ayrıca, eğer hedeflerine ISS'lerle işbirliği yaparak ulaşamazlarsa, İngiliz vatandaşlarının IWF listesindeki web sitelerine erişimini engellemek için farklı seçenekleri değerlendireceklerini ifade etmiştir<sup>47</sup>.

İngiltere'de, İnternet yayınlarına yönelik özel bir düzenleme bulunmayıp, gerçek hayatta suç olan İnternet'te de suç olarak belirlenmiştir. Başka bir ifadeyle, Ceza Kanununda belirtilen bütün suçlar kapsamında İnternet sitelerine erişimin engellenmesi kararı verilmesi mümkündür. IWF'in çocuk istismarına, ırkçılığa ve extrem pornografiye ilişkin suçlar yanında, mahkemeler suç unsuru teşkil eden diğer içeriklere ilişkin de erişim engelleme kararları uygulayabilmektedirler.

İngiltere'de şubat 2010'da Mecliste görüşülmeye başlanan Dijital Ekonomi Taslağı (Digital Economy Bill) ciddi tartışmalara yol açmıştır. Taslakta, telif hakları ihlalleri, İnternet alan adları yönetimi, radyo ve televizyon hizmetleri, spektrum gibi konular düzenlenmektedir. Taslak, "İnternet Bağlantısını Geçici Olarak Durdurma" ve "Erişim Engelleme" tedbirleri nedeniyle eleştirilmektedir. Taslak, Çalışma Bakanlığı'na yasa dışı dosya paylaşan İnternet abonesinin aboneliğini "geçici olarak askıya alma yetkisi" vermektedir. Taslak, 15 Mart 2010'da Lordlar Kamarası'nda kabul edilmiştir. Taslak, 6 Nisan 2010'da Avam Kamarası'nda görüşülmeye başlanmış ve 7 nisanda kabul edilmiştir<sup>48</sup>.

Bu kanun, Fransa'da başlayan daha sonra dalga dalga Avrupa'ya yayılan telif hakkı ihlallerinde "Three Strikes" modelini tercih etmektedir. Bu modele göre; ilk olarak abone elektronik posta ile uyarılır, ikincisinde mektup gönderilir ve son olarak eğer üçüncü kez yakalanırsa bir yıla kadar internet hesabı kesilebilir. Kanuna göre; İSS'ler telif hakkı ihlali yapan abonenin erişimini engellemekle yükümlüdür<sup>49</sup>.

### **3- Fransa**

Fransa'da, Yahudi Öğrenciler Birliği ve Irkçılık karşıtı LICRA'nın (League Against Racism and Anti-Semitism) Nazi hatıraları koleksiyonu ile ilgili Yahoo açık arttırma sitesine ilişkin başvurusu üzerine, Fransız

<sup>46</sup> [http://www.theregister.co.uk/2006/05/18/uk\\_site\\_blocking/](http://www.theregister.co.uk/2006/05/18/uk_site_blocking/) (Erişim tarihi: 26.03.2010)

<sup>47</sup> <https://publicaffairs.linx.net/news/?p=497> (Erişim tarihi: 26.03.2010)

<sup>48</sup> <http://www.edri.org/edrigram/number8.7/uk-digital-economy-bill-rushed-commons> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<sup>49</sup> <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8603285.stm> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

mahkemesi, Yahoo'nun Fransa'dan bağlanan kullanıcıların %90'ının IP'lerinin analiz ederek tespit edebileceğine, Fransa'dan bağlanan kullanıcılarının, yasaklı içeriğe erişimini engellemesi için tedbir almasına, aksi takdirde cezai müeyyide uygulanması ve Fransa'daki Yahoo ofisinin gelirlerine el konmasına karar vermiştir<sup>50</sup>. 2000 yılında ki bu olay üzerine Yahoo Ocak 2001 tarihinde açık arttırma sitelerinden Nazi hatıralarının satışını engellemiştir<sup>51</sup>.

2001 yılında Amerika Birleşik Devletleri Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi Yahoo'nun, ırkçılıkla ilgili Fransız kanunlarına uyması konusunda zorlanamayacağı çünkü bu durumun Amerika Birleşik Devletleri kanunlarındaki ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemelerdeki haklarına aykırı olacağına karar vermiştir<sup>52</sup>.

Fransa'da telif hakları, Fransız Fikri Haklar Kanunu ve ilgili uluslararası antlaşmalarla düzenlenmektedir. Örneğin Fransa, Edebi ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Dair Bern Sözleşmesini, Telif Haklarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesini ve WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı) telif hakkı antlaşmasını imzalamıştır. Ek olarak Fransa, Avrupa Birliği üyesi olarak konuyla ilgili birliğin direktiflerini de uygulamaktadır. 2001/29 sayılı Görsel ve İşitsel Mirasın Korunmasına ilişkin Direktif örnek olarak verilebilir<sup>53</sup>.

Fransız Fikri Haklar Kanununa göre; herhangi bir şekilde ifade edilen orijinal çalışma koruma altına alınabilir. (madde.L-112-1) Kanun, edebiyat, sanat veya bilimsel yazılar, konferanslar, konuşmalar, iddialar, dramatik eserler ve müzik komedileri, coğrafi çalışmalar, moda şovlar, sinemalar, görsel ve işitsel çalışmalar, tasarımlar, resimler, heykeltıraşlık, oymacılık, taşbasması resim, fotoğraf çalışmaları ve fotoğraf teknikleri kullanılan çalışmalar, haritalar, çeviriler, bilgisayar çalışmaları ve verileri koruma altına almıştır<sup>54</sup>. (madde.L-112-2 to L 112-4)

<sup>50</sup> <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/760782.stm> (Erişim tarihi: 26.03.2010) (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>51</sup> <http://www.iht.com/articles/2001/01/04/yahoo.2.t.php>; [http://www.cyber-rights.org/documents/yahoo\\_ya.pdf](http://www.cyber-rights.org/documents/yahoo_ya.pdf) (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>52</sup> <http://www.computerweekly.com/Articles/2001/11/09/183630/judge-dismisses-french-case-against-yahoo.htm> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>53</sup> [http://www.ibls.com/internet\\_law\\_news\\_portal\\_view.aspx?s=latestnews&id=2076](http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=2076) (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>54</sup> [http://www.ibls.com/internet\\_law\\_news\\_portal\\_view.aspx?s=latestnews&id=2076](http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=2076) (Erişim tarihi: 28.03.2010)

Fransa’da 2008 yılında hükümet tarafından kabul edilen tasarıya göre, İnternette telif haklarının ihlali ile mücadele etmeye yönelik HADOPI isimli bağımsız bir kurumun kurulması ve telif haklarını ihlal eden kullanıcıların, yapılacak uyarılar sonrası, İnternet bağlantılarını İnternet servis sağlayıcılar üzerinden kesme konusunda yetkilendirilmesi tasarlanmıştır<sup>55</sup>.

HADOPI kanunu, Fransa’da hazırlanan İnternet ortamında fikir ve sanat eserlerinin korunmasıyla ilgili taslağın takma ismidir. Taslak, internet ortamında fikir ve sanat eserlerinin korunması için düzenleme yapma ve kontrolü hedeflemektedir. Taslak 9 nisan 2009 yılında Fransız Ulusal Meclisi tarafından beklenmeyen bir şekilde reddedilmiştir. Fransız hükümeti konuyu yeniden görüşülmek üzere meclise göndermiş ve taslak 9 Mayıs’ta Fransız Ulusal Meclisinde 13 Mayıs’ta ise Fransız Senatosunda kabul edilmiştir<sup>56</sup>.

Kanun, korsan film indiren kişilerin internet bağlantısının bir yıla kadar kesilmesini öngörmüştür. “Three Strikes” sistemiyle ilk olarak abone mail ile uyarılıyor, ikincisinde mektup gönderiliyor ve son olarak üçüncü kez yakalanırsa bir yıla kadar internet hesabını kaybedebilir. Kanun, Fransa içinde ve dışında film ve müzik endüstrisinden büyük destek görürken tüketici grupları, internet endüstrisi ve sol muhalefet şiddetle karşı çıkmıştır. Ancak, kanunun amacına ulaşmada başarısız olacağı ve kullanıcıların indirme konusunda yeni yöntemler bulacağı ileri sürülmüştür<sup>57</sup>.

Fransa’da her iki meclis tarafından kabul edilen Kanun, 10 Haziran 2009 tarihinde Fransız Anayasa Konseyi tarafından İnternetin ifade hürriyetinin bir parçası olduğu ve Fransız hukukunda masumiyet ilkesinin hakim olduğundan bahisle iptal edilmiştir. Konsey, “kamu haberleşme servislerine çevrimiçi (online) ücretsiz giriş insan hakkıdır ve bireylerin bu hakkı sadece hakim kararıyla engellenebilir” demiştir. 22 Ekim 2009 tarihinde Anayasa Konseyi, kanunun son halini onaylamıştır. Kanunla idari bir kuruma; yasal olmayan İnternet yüklemelerini gözlemlemek ve bireyleri kendi hesaplarından yasal olmayan indirme olduğu zaman uyararak yetkileri verilmiştir<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> <http://www.edri.org/edriagram/number6.13/france-europe-3-strikes> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>56</sup> <http://www.france24.com/en/20090610-top-legal-body-strikes-down-anti-piracy-law-hadopi-constitutional-council-internet-france> (Erişim tarihi: 29.03.2010)

<sup>57</sup> <http://www.france24.com/en/20090610-top-legal-body-strikes-down-anti-piracy-law-hadopi-constitutional-council-internet-france> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>58</sup> <http://www.france24.com/en/20090610-top-legal-body-strikes-down-anti-piracy-law>

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

Fransa’da İnternet sitelerine erişimin engellenmesiyle ilgili diğer kanun “Ulusal Güvenlik Performansını Planlama Kanunudur”. (Law And Planning For The Performance Of Homeland Security) Kanun, Sarkozy’nin İçişleri Bakanlığı döneminde Loopsi 2 ismini almıştır. Bu kanununda yapılması planlan değişiklik, ilk olarak 16 Şubat 2010 tarihli toplantıda Fransa Ulusal Meclisinde tartışılarak kabul edilmiştir. Taslak, Fransız Senatosunca da kabul edilirse bu yaz yürürlüğe girecektir. Taslak kabul edilirse, Fransa’da İnternet servis sağlayıcılar (ISS) çocukların korunması gerekçesiyle herhangi bir yargı kontrolü olmaksızın Fransız idaresi tarafından kendilerine gönderilen İnternet sitelerini erişime engelleme yükümlülüğü altında olacaktır. Taslağın 4. maddesine göre; Fransız Ceza Kanunu madde 227-23’de düzenlenen küçüklere ait resim veya temsillerin yayılmasıyla mücadele hükmü çerçevesinde idari makam ISS’lere bildirimde bulunduğu ISS’ler bu içeriği derhal kaldırmakla yükümlüdürler. Taslak ayrıca polise paylaşım sitelerine key logger ve trojan gibi zararlı yazılım yükleme yetkisi vermektedir<sup>59</sup>.

Taslak, çocuk pornografisiyle ilgili İnternet sitelerinin yanısıra diğer siteleri de içeren kara listelerin ISS’ler tarafından engellenmesini öngörmektedir. Kara listeler İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecektir. ISS’ler “uygun olmayan” içeriğe kullanıcılarının girmelerini engellemekle yükümlüdür. ISS’ler bildirimden sonra gecikmeksizin engelleme yapmak zorundadırlar. Aksi halde, 75.000 Euro para cezası ve 1 yıl hapis cezası söz konusu olabilir. Taslak, ayrıca polis ve güvenlik güçlerine şüphelinin evine gizlice girme ve özel bilgisayarlara hakim kararını mütakip casus yazılım yükleme yetkisi vermektedir<sup>60</sup>. Bu değişiklikler, temel hak ve hürriyetler açısından ciddi tehlikeler taşıdığı gerekçesiyle Fransızlar ve AB’deki sivil toplum örgütleri tarafından eleştirilmektedir.

10 Şubat 2010 tarihinde; Fransa’da, çevrimiçi kumarla ilgili bir yasada değişiklik taslağı Fransız Senatosu Kültür ve Haberleşme Komisyonuna sunulmuştur. Söz konusu değişiklik; Fransız İdari Kurumu ARJEL’e (Çevrimiçi oyunları Düzenleme İdaresi) mahkeme kararı olmaksızın erişim

---

hadopi-constitutional-council-internet-france (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>59</sup> <http://www.edri.org/edriagram/number8.2/loppsi-2-france-blocking-websites> <http://www.zeropaaid.com/news/86252/new-french-loppsi-2-law-proposal-to-allow-police-to-upload-malware-to-file-sharers/> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>60</sup> <http://www.edri.org/edriagram/number8.4/loppsi-2-adopted-asamblee-nationale> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

engellemeye yönelik önlemler alma yetkisi vermektedir<sup>61</sup>. Bu düzenleme, 5651 sayılı kanunla Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilen yetkileri çağrıştırmaktadır.

#### **4- Almanya**

Münih Yerel Mahkemesinin 1997 yılında, Compuserve firmasının (ISS ve Amerika Online şirketinin yan kuruluşu) Almanya yöneticisi Felix Somm'u pornografik materyal yayınlamaktan mahkum etmesi sonrası, 1999 yılında Bavyera Mahkemesi, Compuserve-Almanya eski yöneticisi Felix Somm'u suçsuz bulmuştur.

Münih mahkemesi Compuserve firmasının; Alman müşterilerinin, birçok pornografik siteyi içeren kara listelerine erişimini bloke etmeye çalıştıkları hususundaki savunmalarına rağmen Münih yerel mahkemesi firmanın daha fazlasını yapabileceğine karar vererek Felix Somm'u 2 yıl ceza ertelemesi ve 100.000 mark para cezasına mahkum etmiştir. Felix Somm davasından sonra yeni multimedya kanunu kabul edilmiş ve Bavyera Mahkemesi Somm'u suçsuz bulmuştur. New York Times gazetesinde Felix Somm davasıyla ilgili yayınlanan makalede, Alman hükümetinin diğer batı ülkelerine göre İnternet'i düzenleme konusunda daha agresif olduğu ve Almanya'da Federal Hükümetin, pornografi, şiddet ve Neo-Nazi aktivitelerini destekleyen, yasa dışı web sitelerini içeren kara liste sağladığı belirtilmiştir<sup>62</sup>.

Kuzey Westfalya otoriteleri Ekim 2001 tarihinde 80'den fazla yerel İnternet Servis Sağlayıcısından kara listedeki web sitelerine erişimi engellemelerini istemiştir. Ayrıca Nisan 2003'de gençleri koruma komisyonu (KJM) kurulmuş ve İSS ve yer sağlayıcılar üzerinden erişim engelleme konusunda yetkilendirilmiştir<sup>63</sup>.

17 Nisan 2009'da Federal Almanya Aile Bakanı aracılığıyla ve Federal Kriminal Polis Ofisi ile Almanya'nın en büyük 5 İnternet Servis Sağlayıcısı arasında Federal Kriminal Polis Ofisinin oluşturacağı "karaliste"de bulunan porno içerikli sitelere erişimi engellemeleri konusunda gönüllü anlaşma imzalanmıştır. 18 Haziran 2009 tarihinde ise Federal Alman Parlamentosu,

<sup>61</sup> <http://www.edri.org/edriagram/number8.3/gambling-blocking-denmark-france> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<sup>62</sup> <http://www.nytimes.com/library/tech/99/11/biztech/articles/18compuserve-germany.html> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>63</sup> [http://www.rsf.org/article.php3?id\\_article=10678](http://www.rsf.org/article.php3?id_article=10678) (Erişim tarihi: 01.04.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

İnternet Servis Sağlayıcıların çocuk istismarı içeren sitelere erişimi engelleme yükümlülüğü getiren bir yasayı (“İletişim ağlarındaki Çocuk Pornosuyla Mücadeleye İlişkin Kanun”) kabul etmiştir<sup>64</sup>.

Çocuk pornosuyla ilgili olduğu tespit edilen sitelerin yanında Alman Ceza Kanununun 184-b maddesine göre çocuk pornosu içerikli web sitelerinin alan adı, IP adresleri ve URL’lerinin yer aldığı bir liste Federal Kriminal Polis Ofisi tarafından düzenlenecektir. Bu liste devamlı güncellenecektir. Federal Kriminal Polis Ofisi (gerçek) çocuk pornosuna ilişkin olarak erişim engelleme gerekçesini kanıtlayacaktır ve erişim engelleme listesi 3 ayda bir Federal Veri Koruma Komiseri tarafından atanan 5 kişiden oluşan bir uzman grup tarafından kontrol edilecektir. Öngörülen önlemleri almayan ya da vaktinde almayan veya erişim engelleme listesini doğru bir şekilde ve tam olarak emniyet altına almayan servis sağlayıcılar idari bir suç işlemiş addedilirler ve elli bin euroya kadar para cezası ile cezalandırılabilirler<sup>65</sup>.

Servis sağlayıcılar engelleme listesinde bulunan sayfalara erişimi zorlaştırmak için uygun ve makul önlemleri almalıdırlar. Servis sağlayıcılar, güncel erişim engelleme listesinin sunulmasından sonra derhal, en geç 6 saat içinde gereken tedbirleri almalıdır. Servis sağlayıcılar erişim engelleme listesini 3. kişilere karşı güvence altına almak için uygun önlemleri almalıdır. Çocuk pornosu içerikli bir siteye girildiği takdirde kullanıcıların karşısına bir uyarı işareti çıkmaktadır ve bu şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olmalıdır. Aksi durumlar, yani erişim engellenmenin dolandırıldığı durumlar cezalandırılacaktır<sup>66</sup>. Başka bir ifadeyle, erişimi engelli bir İnternet sitesine çeşitli teknik yollarla girilmesi cezalandırma sebebi olacaktır. Almanya’da koalisyon hükümeti İletişim Ağlarındaki Çocuk Pornosuyla Mücadeleye İlişkin Kanunun uygulanmasını bir süreliğine askıya almıştır. Öncelikle servis sağlayıcıların öz denetim uygulamaları incelenecek daha sonra konu tekrar görüşülerek karara bağlanacaktır.

Almanya’da yeni Kanunun yanı sıra Federal Hükümetin Alman yasalarına göre suç teşkil eden ve Almanya dışında barındırılan siteleri engelleme girişimi konusunda tartışmalar devam etmektedir. Almanya’daki İnternet filtrelemelerine karşı bazı gruplarca, İnternet’in Germany.Net’e

<sup>64</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/Zugangerschwerungsgesetz> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>65</sup> <http://nachrichten.t-online.de/c/19/15/86/70/19158670.html> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>66</sup> <http://nachrichten.t-online.de/c/19/15/86/70/19158670.html> (Erişim tarihi: 01.04.2010)



dönüştüğü konusunda eleştiriler ifade edilmektedir<sup>67</sup>.

### **5- Danimarka**

Danimarka'nın en büyük İnternet Servis Sağlayıcısı TDC<sup>68</sup>, 18 Ekim 2005 tarihinde, Polis teşkilatı ve "Save The Children" isimli çocuk hakları konusundaki uluslararası organizasyon ile işbirliği yapıp, çocuk pornografisine karşı alan adı (DNS) temelli filtreleme uygulamasını başlatmıştır<sup>69</sup>.

Ülkedeki diğer İSS'lerin de katılımıyla Mayıs 2006 tarihi itibarıyla filtreleme Danimarka'daki İnternet kullanıcılarının %98'ini kapsamıştır. Bazı yasal cinsel içerik barındıran sitelerin de engellenmesi filtreleme konusunda tartışmalara sebep olmuştur.

Danimarka'daki bir mahkeme, 4 Şubat 2008 tarihinde, Tele2 isimli İnternet Servis Sağlayıcısının, tüm Danimarkalı kullanıcılarının The Priate Bay adlı dosya paylaşım sitesine erişimini engellemesini kararlaştırmıştır<sup>70</sup>. 23 Aralık 2008 tarihinde Wikileaks sitesi, Şubat 2008 tarihi itibarıyla Danimarka'nın sansür listesinde 3.863 sitenin bulunduğunu duyurmuştur<sup>71</sup>.

Danimarka'da kumar pazarında kısmi liberalleşme getiren bir taslak ile "yurt dışı kaynaklı kumar sitelerinin" erişiminin engellenmesi konusunda mecliste anlaşmaya varılmıştır. Ancak, taslak ifade hürriyetini ihlal edeceği ve Danimarka'yı Çin, İran gibi ülkelerin internet anlayışıyla aynı düzeye getireceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>72</sup>.

### **6- Finlandiya**

Finlandiya'da 2006 yılının sonunda kabul edilen, çocuk pornografisinin dağıtımını önlemeye yönelik bir kanun ile, Ulusal Araştırma Bürosu (National Bureau of Investigation-NBI) yabancı sitelerden oluşan gizli bir kara liste oluşturma konusunda yetkilendirilmiştir. "Electronic Frontier Finland"a göre; hükümet, kanun taslağı hazırlık aşamasında, İnternet Servis Sağlayıcıların

<sup>67</sup> <http://odem.org/material/İnternet-censorship-germany.pdf> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>68</sup> <http://tdc.com/> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>69</sup> <http://tdc.com/publish.php?id=2645> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>70</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet\\_censorship#Denmark](http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet_censorship#Denmark); <http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSL0480268320080204> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>71</sup> [http://wikileaks.org/wiki/Denmark:\\_3863\\_sites\\_on\\_censorship\\_list%2C\\_Feb\\_2008](http://wikileaks.org/wiki/Denmark:_3863_sites_on_censorship_list%2C_Feb_2008); <http://www.computerworld.com/action/article.do?command=viewArticleBasic&articleId=9097018> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>72</sup> <http://www.edri.org/edriagram/number8.3/gambling-blocking-denmark-france> (Erişim tarihi: 01.04.2010)



## ***İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi***

filtreleme işlemini gönüllü olarak yapmadıkları takdirde, sansürün zorunlu olarak uygulanacağını ima etmiştir<sup>73</sup>.

Finlandiya'daki İnternet Servis Sağlayıcıları erişim engellemeye ilişkin çalışmaları başlatmış ve İnternet Servis Sağlayıcılar Ocak 2008 tarihi itibarıyla erişim engelleme uygulamasını başlatmıştır. Teknik olarak, İngiltere'de uygulanan Cleanfeed benzeri nesne temelli filtreleme uygulanması planlansa da, alan adı (DNS) üzerinden erişim engelleme sistemleri kurulmuştur<sup>74</sup>.

“Electronic Frontier Finland”a göre, NBI tarafından sağlanan gizli kara liste, sadece çocuk pornografisine ilişkin içerikten oluşmamakta, kara listedeki sitelerden birçoğu, yasal pornografik ve eşcinsel içerik barındırmaktadır<sup>75</sup>.

Ulusal Araştırma Bürosu NBI, 12 Şubat 2008 tarihinde, Finlandiya'da İnternet sansürüne karşı bir aktivist olan Matti Nikki'nin, gizli kara listede bulunan siteleri yayınladığı lapsiporno.info adlı sitesini de kara listeye almış ve erişimini engellemiştir<sup>76</sup>.

Hükümet destekli “National Research and Development Centre for Welfare and Health (STAKES)”in raporunda, benzer erişim engelleme yöntemlerinin online kumar için de uygulanmasının söz konusu olduğu belirtilmiştir<sup>77</sup>.

### **7- Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada**

Gerek ABD ve gerekse Kanada teknik olarak İnternet filtrelemesi yapmasalar da, okullarda ve kütüphanelerde görüldüğü üzere belirli özel içeriğin düzenlenmesi gibi düşük düzeyli yasal bir düzenleme söz konusudur. Bu baskı özellikle dört konuyla ilgili<sup>78</sup>.

- Çocukların korunması ve ahlak
- Ulusal güvenlik
- Fikri ve sınai haklar

<sup>73</sup> <http://www.effi.org/blog/kai-2008-02-18.html#is-the-censorship-legal> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>74</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet\\_censorship#Finland](http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet_censorship#Finland) (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>75</sup> <http://www.effi.org/blog/kai-2008-02-18.html#what-is-censored> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<sup>76</sup> <http://www.lapsiporno.info/english-2008-02-15.html> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

<sup>77</sup> <http://blog.anta.net/2008/01/18/censorship-is-the-answer/> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

<sup>78</sup> Kevin O'Keefe, John Palfrey, Wendy Seltzer, “İnternet Filtering in the United States and Canada” <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

- Bilgisayar güvenliği

Çocukların korunması çerçevesinde ABD, “çocuk pornosu” ile ilgili ve çocukların “zararlı” addedilen materyallere ulaşmasını yasaklayacak mevzuat geliştirmeye girişmiştir. Bilgisayar güvenliğine gelince, spam ve kötü amaçlı programlar yasaklanma yolundadır. Ayrıca, Kanada’da nefret ifadesine müsaade edilmemektedir<sup>79</sup>.

ABD ve Kanada’da bu konulardaki kısıtlamalar ile ilgili tartışmalar sürekli canlılığını korumaktadır. ABD’de hükümet kaynaklı -zorunlu- bir çok kısıtlama girişimi derhal değişime uğramaktadır. Bu da, gönüllülük esasının yer bulmasına neden olmaktadır. Aynı şey Kanada’da da olmakta, düzenleme, endüstrinin kendisinden beklenmektedir. (self-regülasyon) Çocuk pornosu hariç ABD ve Kanada’daki içerik düzenleme ile ilgili genel temayül, içeriği tümüyle bloklamaktan ziyade istenmeyen kısımları uzaklaştırma yönündedir. Bunun için özel ortakların katılımına güvenilmektedir<sup>80</sup>.

ABD deki ilk içerik filtreleme savaşı, küçüklerin kolaylıkla erişebileceği açık seksüel materyallerin onlara zarar verebileceği üzerine başlamıştır. ABD deki yasa koyucular zorunlu İnternet filtrelemeleri ve suçun geniş tarifi peşinde iken Kanada çevrim-içi (on-line) müstehcenliğe karşı yasama arayışı içerisinde idi. Ama sadece, var olan mevzuatı basitçe gözden geçirerek, on-line suç kavramına göre “*de minimis*” diye bilinen değişikliklerle yetinmiştir. Yine de Kanada’da hizmet veren bir çok servis sağlayıcı, bu alandaki belirsizliğe rağmen, Kanada dışında barındırılan (host edilen) içeriğe karşı filtre uygulamaya başlamıştır<sup>81</sup>.

Kasım 2006 da Kanada’nın en büyük servis sağlayıcıları, daha sonra İngiltere’de de uygulanacak olan “Cleanfeed Canada” programını uygulamaya koymuşlardır. “Canadian Centre for Child Protection” isimli NGO ile ortak yürütülen bu projede, çocukların çevrimiçi (online) cinsel istismarının rapor edilebileceği bir ihbar hattı oluşturulmuştur. Projeye göre, İnternet kullanıcılarının, çocuk istismarı içeren yabancı sitelere erişimi engellenmektedir. Hangi resmin istismar sayılacağı, siteye erişmiş raporların iki analist tarafından aynı doğrultuda görüş bildirmesi ile belirginleşmekte, bu görüş “Cleanfeed Canada” dağıtım listesine konmakta, projeye gönüllü olarak

<sup>79</sup> <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

<sup>80</sup> <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

<sup>81</sup> <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

katılan erişim sağlayıcıları da ilgili site içeriği hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmasalar dahi bu listeye uymaktadırlar. Sonuçta, erişim engellenen bu siteden yükleme mümkün olmamaktadır. Ancak bu sitelere erişim çabaları ve kullanıcılar takip edilmemektedir. Bunun yanı sıra sistemin ne kadar adaletli işlediği ve ne kadar yasal olduğu noktasında eleştiriler bulunmaktadır<sup>82</sup>.

Amerika’da işler biraz farklı yürütülmektedir. ABD kongresi, 1996 tarihli “Telecommunications Act”’in peşi sıra, Şubat 1996 da imzalanan Telekomünikasyon Edep Kanununa (Telecommunications Decency Act”-(DCA) göre 18 yaşın altı bireylere, “edepsiz” addedilen materyalin, iletişimin ulaştırılmasını yasaklamıştır. DCA, bu materyalin hem sahibini hem de bunu ileten servis sağlayıcısını hedef alır. Ancak, DCA daha etkisini bile göstermeden, sivil toplum örgütleri tarafından yargıya taşınır. Yargı, yasada geçen “edepsiz” gibi kavramların muğlak olduğunu belirterek bunun Anayasal haklardan olan ifade hürriyetini zedeleyebileceğini ifade etmiş ve bu görüş “Amerikan Yüksek Mahkemesi” tarafından da söz konusu muğlak tanımlamaların geçerli olamayacağına karar verilerek gösterilmiştir<sup>83</sup>.

Amerikan yasa koyucular da buna, içerik sahibini hedef alan ikinci bir girişim olan Çevrimiçi Çocuk Koruma Kanunu (COPA-Child Online Protection Act) ile karşılık verdiler. “Küçükler için Zararlı” diye bir kavram oluşturarak, bu tür materyallerin ticari dağıtımını düzenlemek istediler ancak COPA’nın akibeti de DCA gibi olmuştur. Bunun üzerine bakış açısı tersine döndü ve kullanıcıya odaklanıldı. 2000 yılında, Çocuk Koruma Kanunu (Children İnternet Protection Act - CIPA) ilan edildi ve okullar ile kütüphanelere İnternet filtresi kullanma zorunluluğu getirildi. Bu defa Amerikan Yüksek Mahkemesi kanun tarafında olmuş ve açılan davaları reddetmiştir<sup>84</sup>.

### **8. İspanya**

İspanya’da müzik ve film paylaşımı sağlayan İnternet sitelerine (uçtan uca- P2P file sharing of music and films) mahkeme kararı olmaksızın erişimin engellenmesini sağlayan bir taslak gündemdedir. Taslak, fikri haklarla ilgili içerikleri yasa dışı paylaşan internet sitelerine erişimin engellenmesini öngörmektedir. Buna göre; “Fikri Haklar Komisyonu” gerekli araştırmayı yaptıktan sonra İnternet sitesine erişim engelleme kararı verebilir. Kanun

<sup>82</sup> <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

<sup>83</sup> <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

<sup>84</sup> <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 07.04.2010)

taslağının meclis tarafından onaylanırsa 2010 yılı içinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir<sup>85</sup>.

İspanya’da bir mahkeme, uçtan uca (P2P) içeriklere link sağlayan internet sitesinin ticari bir amaç olmadığından bahisle telif haklarını ihlal etmediğine hükmetmiştir. Ancak karar, İspanya’da ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Hakimin karar gerekçesinden bilişim konularını tam kavrayamadığı başta olmak üzere karara yönelik çeşitli eleştiriler yapılmıştır<sup>86</sup>.

### **9. İtalya**

İtalya’da kişilik haklarının ihlali kapsamında, Down Sendromlu insanlara yardım için kurulan Vivi Down Derneği ve videoda gösterilen erkek çocuğun babası, cep telefonu ile çekilen görüntülerin Eylül 2006’da Google Video sitesine yüklenmesinden sonra dava açmıştır. Davada engelli bir çocuğun fiziksel şiddete uğradığı görüntülerin yayınlanmasının İtalyan hukukunu ihlal ettiği iddia edilmiştir. Google, “Bir postacı teslim ettiği postanın içeriğinden sorumlu olur mu?” savını ileri sürmüştür. Sonuçta, mahkeme Google’ın üç yöneticisi hakkında 6’şar ay hapis cezası vermiş ve karar google tarafından temyiz edilmiştir. Davanın savcısı ise; “Bir şirketin hakları, bir kişinin onurundan daha üstün değildir. Bu karar açık bir mesaj veriyor” demiştir<sup>87</sup>.

İtalyan mahkemesinin verdiği bu karar, video paylaşım sitelerine yüklenen içeriklerden dolayı yer sağlayıcı şirket yetkililerin sorumluluğu açısından ilginç bir örnektir. Çünkü Avrupa’da genellikle AB’nin 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Direktifi’nin hükümleri çerçevesinde İnternet ortamında içerikleri barındıran yer sağlayıcılarının hukuki sorumluluklarının olmadığı kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Bu direktife göre, yer sağlayıcıların yükümlülüğü haberdar edildikten sonra söz konusu yasa dışı içeriğin kaldırılmasından ibarettir. Bu karar, yer sağlayıcılarının hukuki sorumluluğu açısından bir kırılma noktası olabilir. Bundan sonra, yer sağlayıcıların hukuki sorumluluğu bilişim dünyasında daha çok tartışılacaktır.

<sup>85</sup> <http://www.edri.org/edriagram/number7.24/spanish-manifesto-against-three-strikes> (Erişim tarihi: 07.04.2010)

<sup>86</sup> <http://www.technollama.co.uk/linking-to-p2p-content-declared-legal-in-spain> (Erişim tarihi: 07.04.2010)

<sup>87</sup> <http://www.cnnturk.com/2010/dunya/02/24/google.yoneticilerine.hapis.cezasi/565207.0/index.html> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

<sup>88</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:HTML> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

## **H- Erişim Engelleme Uygulamalarının Değerlendirilmesi**

Avrupa ülkelerinde çocuk pornosu içerikli İnternet yayınlarına erişim engelleme konusunda görüş birliği vardır. Terör, ırkçılık, ayrımcılık ve nefret ifadeleri içerikli İnternet yayınlarına da erişim engelleme yapılmaktadır. İngiltere’de 2008 yılı Mayıs ayında kabul edilen bir yasayla yetişkin bile olsa ekstrem pornografi suç haline getirilmiştir.

Avrupa ülkelerinde genelde İnternet sitelerine erişimin engellemesi, konuya ilişkin açık bir mevzuat düzenlemesi olmaksızın sivil toplum, polis ve İnternet servis sağlayıcıları işbirliği ile gönüllülük kapsamında yapılmaktadır.

Çin, İran, Suriye, Kuzey Kore gibi ülkelerde ise internet trafik çıkışı üzerinde devlet tarafından sansür kapsamında katı uygulamalar bulunmaktadır. Türkiye erişim engellemeler konusunda tam anlamıyla iki tarafta da bulunmamaktadır. Engelleme işleminin devlet tarafından yapılmasıyla Avrupa’dan, İnternete yaklaşım açısından Çin, İran, Suriye gibi ülkelere farklılaşmaktadır. Başka bir ifadeyle sui generis (kendine özgü) bir uygulama söz konusudur<sup>89</sup>. Dünyada erişim engelleme işlemlerinin özel bir yasal düzenleme olmaksızın genel hükümler çerçevesinde yapıldığı dikkate alındığında, 5651 sayılı Kanunun İnternetin regüle edilmesinde önemli bir adım olduğu söylenebilir.

Hukuk, sanal alemde işlenen suçlara gerçek hayatta olduğu gibi ulusal ve uluslararası alanda cevap vermeye çalışmaktadır. Demokratik hukuk devletinin ortaya çıktığı andan itibaren temel problem, özgürlük ve otorite arasında dengenin kurulmasıdır. Burada, ne özgürlük otoriteye ne de otorite özgürlüğe feda edilmemelidir. Sonuç olarak, ülkelerin sosyal, kültürel ve tarihsel özellikleri İnternet olgusuna yaklaşımı etkilese de, İnternet ortamında yapılan ve suç teşkil eden yayınlarla mücadele edilmesi düşüncesinin bir gerçeklik olarak karşımıza çıktığı söylenebilir.

## **I- İfade Hürriyeti ve Sınırlanması Sorunu**

### **A. İfade Hürriyetinin İnsan Hakları İçindeki Yeri**

İnsan hakları, bireylerin doğuştan sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez haklar olarak kabul edilmektedir. İnsan hakları, bildirilerde, anayasalarda ve uluslararası belgelerde yer alan önemli bir konudur. İngiltere’de 1215 Büyük Özgürlükler Fermanı ve 1689 Haklar Bildirisi, Amerika’da 1776 Virginia

<sup>89</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/8196257.asp> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

İnsan Hakları Bildirisi ve Amerikan Bağımsızlık Bildirisi, Fransa'da 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, insan haklarını adlandıran başlıca bildirilerdir. 1787 ve 1791 ABD Anayasaları, 1791 Fransız Anayasası, 1876 Kanuni Esasi ve günümüzün hemen hemen bütün anayasaları insan haklarına yer vermiştir.

İnsan hakları kavramı, doğal hukuk anlayışına dayanmaktadır. İnsan, salt insan olma dolayısıyla bu haklara sahiptir, bu haklara sahip olabilmek için başka bir şart aranmaz. Bu haklar, vazgeçilmez, devredilmez ve zaman aşımına uğramazlar. Yürürlükteki hukuktan beklenen, bu hakları tanınması, koruması ve güvence altına almasıdır. Bu hakların varlığı, siyasal iktidarın tanınmasından bağımsızdır<sup>90</sup>.

Tarihsel gelişimine baktığımızda insan haklarının üç kuşak halinde geliştiği görürüz. Birinci kuşak haklar (kişi özgürlükleri ve siyasal haklar), ikinci kuşak haklar (sosyal ekonomik hak ve ödevler veya iktisadi, sosyal hak ve özgürlükler), üçüncü kuşak haklar (dayanışma hakları).

Kişi özgürlükleri ve siyasal haklar; "klasik haklar", "koruyucu haklar", negatif statü hakları olarak da ifade edilmektedir. Kişiyi devlete ve topluma karşı koruyan haklardır. Bu nedenle, koruyucu haklar olarak da denilmektedir. Sosyal ekonomik haklar ile bireye, devletin müdahalelerine karşı ileri sürebileceği negatif haklar yanında, devletten olumlu bir davranış, hizmet ve yardım isteme hakkı veren pozitif haklar da tanınmıştır. Böylece devlet vatandaşlarına sadece özgürlük vermekle yetinmeyecek insan onuruna yakışır bir hayat sağlamakla da yükümlü olacaktır. Bu kategori, ikinci kuşak haklar olarak da ifade edilmektedir. Bu hakların ortaya çıkmasında sömürgecilikten yeni kurtulan üçüncü dünya devletlerinin önemli bir etkisi olmuştur. Üçüncü kuşak hakların ortaya çıkış sebebi ise bilim ve teknolojiye meydana gelen gelişmelerdir<sup>91</sup>.

İfade hürriyeti, negatif statü haklarından birisidir ve insanın maddi manevi varlığını geliştirme temel hakkına dayanmaktadır. Bu hürriyet, insanın şahsiyetli bir hayat sürdürmesinde önemli bir etkidir.

<sup>90</sup> Hasan TUNÇ, Anayasa Hukukuna Giriş, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s.76.

<sup>91</sup> İbrahim Ö. KABOĞLU Özgürlükler Hukuku, İnsan haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 28.

## **B. İfade Hürriyetinin Tanımlanması Sorunu**

### **1. İfade Kavramı**

İnsanı diğer canlılardan ayırt eden en önemli unsurlardan birisi düşünme ve bu düşüncesini dil ile ifade etmedir. Başka bir ifadeyle, düşünmek ve düşünce üretmek insanı diğer canlılardan farklı kılar. Düşünmek, insanın özünü oluşturan bir durumdur, bu nedenle ünlü düşünür Descartes; “düşünüyorum öyleyse varım” demiştir<sup>92</sup>.

İfade hürriyeti, bireyin kişiliğini ve saygınlığını gerçekleştirmesine imkan sağlayan önemli bir özgürlüktür. Ancak, ifade hürriyeti sadece birey açısından değil çeşitli ve farklı fikirlerin ortaya çıkmasını temin etmesi nedeniyle toplum açısından da önemlidir. Çünkü yeni fikirlerin ifade edilebilmesi mevcut problemlerin çözümlenmesinde, yanlışlardan vazgeçilmesinde önemli bir rol oynar. Bu durum da, istikrarlı bir sosyal yapının ortaya çıkmasına yardımcı olur. Başka bir ifadeyle ifade hürriyeti, özgürlükçü bir topluma zemin hazırlar<sup>93</sup>.

İfade özgürlüğü, liberal demokrasilerin temel taşlarından birisidir. Baskıcı rejimlere nazaran demokratik ülkelerde daha fazla ifade özgürlüğü vardır. Ancak, demokratik ülkelerde bile bütün ifadelerin özgür olduğu söylenemez. Hatta ifade özgürlüğünün korunması sorunu demokratik ülkelerde bile ülkeden ülkeye değişmekte ve bu ülkelerde gerek kanun koyucular gerekse yargı organları ifade özgürlüğünün diğer haklara karşı nasıl dengeleneceği konusunda ciddi problemler yaşamaktadırlar<sup>94</sup>.

İfade hürriyeti konusunda terim birliği olduğunu söylemek zordur. Bu konuda, ifade hürriyeti, düşünce hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti, söz hürriyeti, düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti, düşün hürriyeti gibi terimler kullanılmaktadır<sup>95</sup>. Bu terimler, kavramın çeşitli yönlerine ışık tutmaktadırlar.

<sup>92</sup> Reyhan SUNAY, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s.12.

<sup>93</sup> SUNAY, 2001, s.13.

<sup>94</sup> Kasım KARAGÖZ, İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004, s.19.

<sup>95</sup> SUNAY, 2001, s.5.

İfade kavramı üzerine konuşulduğunda, bir ifade türünün korunması için hangi nitelikte olması gerektiği sorulmakta, sözlü ya da yazılı ifadenin yanında sanatsal, eylemsel ve sembolik ifadeden bahsedilmektedir. Başka bir ifadeyle, ifade teriminin türleri şunlardır:

### **a. Eylemsel İfade**

İfade kavramı, kişinin kendisini ifade etmesi ve iç duygularını bazı davranışlarla ortaya çıkarması olarak tanımlanabilir. Belli duygu ve düşüncelerin ortaya çıkarılması sırasında ise yalnızca sözlü ve yazılı vasıtalarla değil bir kısım eylemlerden de yararlanırız. Tek amacı belli bir düşünceyi ifade etmek olan pek çok eylem şekli vardır. Bir bayrağı selamlamak veya selamlamayı reddetmek, bayrağı yakmak, çıplak protesto yapmak, alkışlayarak konuşmayı engellemek, ölüm oruçları tutmak gibi. Bu eylem tiplerinin hepsi belli bir söz ile ifade edilebilecek bir mesajı taşımaktadırlar. Ancak konuşmacı açısından bu tür ifadeler kullanıldığında tepkinin daha etkili olacağı düşünülmektedir<sup>96</sup>.

### **b. Sembolik İfade**

İfade, söz, yazı, müzik, resim, heykel gibi araçlar kullanılarak da gösterilebilir. Hepsinin ortak noktası ise belli bir fikri sembolize etmesidir. Nitekim kişiler belli bir mesajın iletimi sırasında sözlü ve yazılı olmayan bazı semboller de kullanırlar<sup>97</sup>. Örneğin, haçlı kırmızı kurdele takmanın kendi kendine hiçbir anlamı yoktur. Ancak son yıllarda onu takanın AIDS araştırmaları konusunda hassas olduğunu göstermektedir.

### **c. Sanatsal İfade**

İfade yazılı ya da sözlü kelimelerden oluşmak zorunda değildir. Sessiz düşüncelerin yanı sıra bazı semboller de ifade şekilleridir ve ifade özgürlüğünün korunması altındadırlar. Bu açıklamalar, resim, müzik, dans gibi sanat eserleri için de geçerli olup bunlar da ifade özgürlüğünün güvencesinden yararlanırlar. Hatta, resim, müzik, heykel gibi sanat eserleri bazen sözlü ya da yazılı ifadelerden daha güçlü bir etki doğururlar<sup>98</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararında, sanatsal ifadelerin önemi şu şekilde açıklanmıştır:

---

<sup>96</sup> KARAGÖZ, 2004, s.20.

<sup>97</sup> Trager, DICKERSEN, Freedom of Expression in the 21. Century, s. 18-19.

<sup>98</sup> KARAGÖZ, 2004, s.22.



## ***İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi***

*“ Müzik bir ifade ve iletişim şeklidir.. insan ifadesinin en eski formlarından biridir. Eflatun’un Devletindeki söylevlerinden zamanımızdaki totaliter devlete kadar, liderler müziğin insanın aklına ve duygularına hitap etme kapasitesinin farkında olmuşlardır devletin çıkarlarına hizmet etmesi için onu sansürlemişlerdir”<sup>99</sup>.*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de sanatsal ifadelerde benzer yorumlar yapmıştır. Nitekim, *Müller/İsviçre*<sup>100</sup> ve *Karataş/Türkiye*<sup>101</sup> kararlarında 10. maddenin kamuda kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve her türlü fikir alışverişine katılma olanağı sağlayan sanatsal ifade özgürlüğünü de içerdiğini bildirmiştir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü; *“...kültürel, siyasi ve sosyal bilginin ve her tür düşüncenin kamusal değişimine imkan verir....., Sanat eserlerini yaratanlar, icra edenler, dağıtanlar veya sergileyenler, demokratik bir toplum için temel bir önem taşıyan düşünce ve kanaatlerin değişimine katkıda bulunurlar. Bu nedenle devlete düşen yükümlülük, onların ifade özgürlüğüne haksız yere el uzatmamaktır”<sup>102</sup>.*”

### **2. İfade Hürriyetinin Unsurları**

İnsan, düşünme yetisine sahip olması nedeniyle diğer canlılardan ayrılmaktadır. İnsan, bir yandan maddi imkanların sağlanması ile bedensel varlığının korunmasına, diğer yandan da özgürlükler aracılığı ile ruhi yönünün geliştirilmesine ve zenginleştirilmesine ihtiyaç duyar. Nitekim ifade hürriyeti insan hak ve özgürlükleri içinde hayat hakkı ile birlikte en önemli haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi ise, ifade özgürlüğünün bu hakkın insanın yararlandığı bir çok hak ve özgürlüğün olmazsa olmaz şartını oluşturmasıdır. Bu özgürlüğün olmadığı yerde gerçek bir demokrasiden bahsetmek zordur. İfade özgürlüğünün olmadığı yerde ne bilim ve teknik, ne sosyal ve siyasal bilimler, ne de siyasal görüşler ve akımlar gelişir<sup>103</sup>. Bu nedenle ifade özgürlüğü, uygarlığın, diğer temel hak ve özgürlüklerin, demokrasinin, kişinin ve toplumun maddi ve manevi alandaki gelişmesinin temel şartı ve kaynağıdır.

<sup>99</sup> Ward/Rock Against Racism, 491 US 781, 1989. <http://supreme.justia.com/us/491/781/case.html> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

<sup>100</sup> Müller/İsviçre, 24 Mayıs 1988, paragraf 27.

<sup>101</sup> Karataş/Türkiye, 8 Temmuz 1999, paragraf 49.

<sup>102</sup> KARAGÖZ, 2004, s. 23.

<sup>103</sup> Ahmet GÖKÇEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.221.

İfade hürriyeti üç unsurdan oluşmaktadır:

- Haber alma ve bilgi edinme özgürlüğü
- Kanaat özgürlüğü
- Fikir ve kanaatleri açıklama özgürlüğü

### **a. Haber Alma ve Bilgi Edinme Hürriyeti**

İfade özgürlüğünün ilk unsurunu oluşturan haber alma ve bilgi edinme özgürlüğü, düşüncenin oluşum öncesi dönemine ilişkin olup, haber, fikir ve bilgilerin araştırılması, elde edilmesi ve serbestçe öğrenilmesidir. Düşünce sahibi olabilmek için bireylerin bilgi kaynaklarına özgür bir ortamda ulaşabilmeleri, seçme yapabilmeleri ve bunlardan istedikleri sonuçları çıkarabilmeleri gerekir<sup>104</sup>. Düşünceye hammadde sağlamakta olan haber alma ve öğrenme özgürlüğü enformasyon özgürlüğü olarak da ifade edilmekte olup insanın bilmek ve öğrenmek ihtiyacını karşılamaktadır.<sup>105</sup> Bunun ön koşulu da doğru, çarpıtılmamış bilgiye erişim hakkıdır. Bilgi edinme özgürlüğü ifade özgürlüğünün bir parçası olup, kamuya açık kaynaklardan herhangi bir engelle karşılaşmadan bilgi edinme hakkını gerektirir<sup>106</sup>.

İfade özgürlüğü, konuşmaya, tartışmaya ve yazmaya ilişkin bir özgürlük iken, bilgi edinme özgürlüğü duymaya, görmeye ve okumaya ilişkin bir özgürlüktür. Yayın aracı ve alıcı nasıl birbirini tamamlıyorsa, ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğü de birbirini öyle tamamlar<sup>107</sup>. Demokratik sistemlere işlerlik kazandırmanın yolu, bireylerin sağlıklı bir şekilde siyasi tercihlerde bulunabilmelerine, o da olguları ve gerçekleri olduğu gibi öğrenerek ve öğreterek, bilgilenme ve bilgilendirme imkânlarının varlığına bağlıdır<sup>108</sup>.

### **b. Kanaat Hürriyeti**

Kanaat özgürlüğü, haber alma ve öğrenme hürriyetinin güvence altına alındığı bir ortamda oluşan felsefi, dini, siyasi, ekonomik vb. hangi alanda

<sup>104</sup> Anıl ÇEÇEN, İnsan Hakları, Gündoğan Ankara, 1995, s. 204.

<sup>105</sup> İzzet ÖZGENÇ, “Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku”, 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır 1998, s.28.

<sup>106</sup> Klaus FINKELNBURG, “Demokraside İfade Özgürlüğü”, çev. Nihat Ünlüer, Düşünce Özgürlüğü, der. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 1998, s. 202-203.

<sup>107</sup> FINKELNBURG, 1998, s.202.

<sup>108</sup> Uğur ALACAKAPTAN, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, c.2, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, s.17.

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

olursa olsun, kişinin edindiği bilgiler arasından doğru olduğuna inandığı görüşleri seçmesini, tercih edebilmesini ve bunlardan ötürü kınanmamasını ifade eder<sup>109</sup>.

Kanaat özgürlüğünün konusu dini ise din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olur. İnsanların, dinler karşısındaki düşünce, kanaat, inanç ve davranışları, inanç özgürlüğü kapsamında hukukun güvencesi altındadır. Meselenin inanç yönü ise, kişinin vicdan ve iç aleminin en içsel yanıdır. Vicdan özgürlüğü, kişinin dini nitelikte olmayan inançlarını da kapsayarak her türlü siyasi ve felsefi görüşleri de güvence altına alır. Kişi inanç konusunda, istediği tercihte bulunabileceği gibi, hiçbir dini inanca inanmama seçeneğini de benimseyebilir<sup>110</sup>. Bu nedenle inanan kimselerin yararlandıkları, dini inançlarından dolayı kınanmama, suçlanmama, rahatsız edilmeme güvencelerinden hiçbir dini inancı benimsemeyenler de yararlanırlar.

### **c. Fikir ve Kanaatleri Açıklama Hürriyeti**

Kişinin, edindiği bilgiler çerçevesinde yaptığı tercihleri dış dünyaya açıklayabilmesi ifade hürriyetinin bir gereğidir. Çünkü ifade hürriyetinin gerçekleşebilmesi ancak bunların açıklanmasının mümkün olmasıyla söz konusu olabilir<sup>111</sup>.

Bireyin yoğun ve yorucu bir çabanın sonunda ulaştığı ve tercih ettiği düşünce, kanaat ve inanç değerleri ile kamusal alana katılmaya, yaratıcı fikirleri ile kamuoyunun oluşumuna katkıda bulunmaya hazır hale gelmiştir. Nitekim kişinin davranışlarını, benimsemiş olduğu bu fikri değerler önemli ölçüde belirler<sup>112</sup>. Kişinin yazdığı yazı, söylediği söz, çizdiği resim ve karikatürlerin, gerçekleştirdiği her türlü davranışın kaynağı, hep sahip olduğu bu düşünce, inanç değerleri sonucu oluşmuştur. Bu kanaat ve inanç değerleri ise ifade özgürlüğünün en etkin ve dolayısı ile en önemli unsuru olan fikir ve kanaatlerini açıklama özgürlüğünü ortaya çıkarır. Bu özgürlük düşüncenin dışa vurulma safhasını oluşturup, düşüncenin statik halden dinamik hale geçmesine yardımcı olur. Şayet bu özgürlük olmaz ise düşünce edinmeye

<sup>109</sup> Bülent TANÖR, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s.25.

<sup>110</sup> Bülent TANÖR, “İnanç ve Din Özgürlüğü”, *İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları*, İstanbul 2000, s. 98.

<sup>111</sup> SUNAY, 2001, s. 63.

<sup>112</sup> Adnan KÜÇÜK, *İfade Hürriyetinin Unsurları*, Liberte Yayınları, Ankara 2003, s.55.

yarayan özgürlükler ve kanaat özgürlüğü bir anlam ifade etmeyecektir. Nitekim devlet ile bireyi karşı karşıya getiren aşamada bu aşamadır<sup>113</sup>.

### **C. İfade Hürriyetinin Sınırlanması**

Temel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkışı ve yazılı belgelerde yer almasıyla birlikte bunların sınırlandırılması ve bu sınırların nelerden ibaret olduğu sorunu da gündeme gelmiştir<sup>114</sup>. Herhangi bir toplum ya da devlet için sınırsız bir özgürlüğün olduğunu söylemek gerçekçi değildir. Özgürlüklerin toplum yaşamında sınırsız olduğu düşünülemez. Özgürlükler ancak sınırları ile yaşayabilmekte olup sınırları belirlenmemiş bir özgürlüğün pratik bir değeri de bulunmamaktadır. En liberal yaklaşımlar bile ifade özgürlüğünün sınırsız olduğunu savunmamaktadırlar. Nitekim pek çok sözleşme gibi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde de ifade özgürlüğü sınırlı bir özgürlük olarak düzenlenmiştir. Ancak, burada hemen belirtmek gerekir ki, tüm özgürlükler gibi bu özgürlük de asıl, sınırlandırılma ise istisnadır<sup>115</sup>.

İfade hürriyeti genel olarak dört farklı şekilde sınırlanabilir. Birincisi; bütün hakları kapsayan genel bir sınırlama hükmünün anayasalarda yer almasıdır. 1982 Anayasasında 2001 yılında yapılan değişiklikler öncesinde bütün temel hak ve özgürlükleri kapsayan genel sınırlama nedenleri mevcuttu. İkincisi; ifade özgürlüğünü düzenleyen maddeye, bu özgürlüğün hangi durumlarda sınırlanacağı eklenmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, özel sınırlama sebeplerinin belirtilmesidir. Nitekim, 2001 değişikliklerinden sonra 1982 anayasasında özel sınırlama sebepleri çerçevesinde düzenleme yapılabilmektedir. Üçüncü sınırlama şekli, Almanya anayasasında öngörülmüştür. Buna göre, Alman Anayasasında ifade özgürlüğü maddesine eklenen ve genel kanunlara atıf yapan çok geniş bir sınırlama cümlesi vardır<sup>116</sup>. Dördüncü sınırlama şekli, Güney Afrika ve İran anayasasında olduğu gibi,

<sup>113</sup> Sami SELÇUK, “Düşün Özgürlüğü”, Düşünce Özgürlüğü, der. Hayrettin Ökçesiz, AFA, İstanbul, 1998, s. 303-304.

<sup>114</sup> T. Ayhan BEYDOĞAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 83.

<sup>115</sup> KARAGÖZ, 2004, s.82.

<sup>116</sup> Alman Anayasasının Beşinci maddesine göre; “Herkes fikrini sözlü, yazılı ve resimli olarak serbestçe ifade etmek ve yaymak ve kendisini genel olarak erişilebilir kaynaklardan serbestçe bilgilendirmek hakkına sahiptir. Basın hürriyeti ve yayın yoluyla haber verme ve film hürriyeti garanti altındadır. Hiçbir sansür yapılmayacaktır. Bu hakların kullanımı genel kanun hükümlerinin, gençliğin korunması hakkındaki kanun hükümlerinin ve kişisel haysiyet hakkının sınırlamalarına tabidir.”

<http://www.constitution.org/cons/germany.txt> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili hem genel sınırlama hükmüne hem de özel sınırlama hükmüne Anayasalarda yer verilmiş olmasıdır<sup>117</sup>.

### **D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Hürriyetinin Sınırlanması**

İfade hürriyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme hakların sınırlandırılmasını olağan ve olağanüstü dönemleri birbirinden ayırarak incelemiştir. Buna göre ifade özgürlüğüne getirilecek olası sınırlamalar üç sınıfta toplanabilir. Birinci sınıf, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen olağan dönemlerde yapılan sınırlamalar, ikincisi, sınıf 15. madde'de düzenlenen, savaş ve olağanüstü dönemlerdeki sınırlamalar, üçüncü sınıf ise bütün haklar bakımından geçerli olan 17. madde'de düzenlenen, Sözleşme'de düzenlenen hakların kötüye kullanılması yasağıdır<sup>118</sup>.

Olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sözleşmenin 'Olağanüstü Hallerde Askıya Alma' başlıklı 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her yüksek sözleşmecisi taraf, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilirler.”*

Bu düzenlemeye göre, milletin varlığını tehlikeye sokan diğer genel tehlike hallerinde taraf devletlerin Sözleşme'de düzenlenen yükümlülüklerine aykırı tedbirler alınabilecektir. Başka, bir ifadeyle taraf devletlere 15. madde'de öngörülen hallerde sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma veya bunları belirli bir süre için askıya alma yetkisi verilmektedir<sup>119</sup>.

15. madde'nin ikinci fıkrası, taraf devletlerin olağanüstü dönemlerde dahi dokunamayacağı sert çekirdek hakları düzenlemiştir. Buna göre, taraf devletler, meşru savaş filleri sonucu meydana gelen ölüm halleri dışında, 2., 3., 4. ve 7. maddelerde düzenlenen hayat hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı ve cezaların kanuniliği ilkesinden kaynaklanan

<sup>117</sup> KARAGÖZ, 2004, s.82.

<sup>118</sup> BEYDOĞAN, 2003, s. 85.

<sup>119</sup> KARAGÖZ, 2004, s. 85.

yükümlülüklerine aykırı hareketlerde bulunma yetkisine sahip değildir. 15. maddenin açık hükmünden de anlaşıldığı gibi 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü sert çekirdek haklar arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün olağanüstü dönemlerde olağan dönemlere nazaran daha fazla sınırlandırılabilir.

Militan demokrasi olarak adlandırılan hakların kötüye kullanılması yasağı ‘Hakların Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması’ başlığı altında sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

*“Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri bir devlete, topluluğa veya kişiye, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.”*

Benzer hükümler içeren diğer Sözleşme hükümlerinden farklı olarak Avrupa Sözleşmesinin 17. maddesi, hem bireylerin hem de devletin eylemlerini öngörmektedir. Ancak asıl emir devlete yöneliktir. Buna göre, devletler, Sözleşme’de öngörülenden daha fazla hak ve özgürlükleri sınırlayamayacaklardır<sup>120</sup>.

### **1. Sözleşmede İfade Hürriyetini Sınırlamanın Sınırı**

İfade özgürlüğü mutlak bir hak olmadığından bir kısım sınırlamalara tabi olacaktır. Ancak bu sınırlamanın da bir sınırı söz konusudur. Bu nedenle ifade özgürlüğüne yapılan bir sınırlamanın haklı görülebilmesi belli şartları taşımasına bağlıdır. Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ifade özgürlüğüne yapılacak bir sınırlama, kanun tarafından öngörülmüş olmak, demokratik toplum için gerekli olmak ve ikinci fıkra da belirtilen sınırlı sayıdaki meşru amaçlardan birini taşımak şartı ile meşru görülebilir<sup>121</sup>.

Sözleşmenin 9., 10. ve 11 maddelerine göre bu maddelerde düzenlenen haklara yapılacak her hangi bir sınırlama kanuna dayanmalıdır. İfade özgürlüğüne getirilecek herhangi bir sınırlamanın kanuni dayanağının olması, bu hakkı kullanan kişiler için önemli bir teminat oluşturur<sup>122</sup>. Ancak bu güvencenin tek başına yeterli olduğu söylenemez. Çünkü ifade özgürlüğünü

<sup>120</sup> KARAGÖZ, 2004, s. 85

<sup>121</sup> KARAGÖZ, 2004, s.93.

<sup>122</sup> BEYDOĞAN, 2003, s. 94.

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

sınırlama konusunda yasama organına geniş bir takdir yetkisinin verilmesi bu alanda yapılacak sınırlamalar yoluyla hakkın kullanılmasının aşırı biçimde sınırlanmasına ya da kullanımının engellenmesine yol açabilir<sup>123</sup>. Bu tür keyfi bir durumla karşılaşılmaması için hakkın sınırlandırılmasının meşru nedenleri İfade özgürlüğünün düzenlendiği maddelerde belirtilmiştir. Buna uygun olarak Sözleşmede, ifade özgürlüğü üzerine yapılacak herhangi bir sınırlamanın meşru amaçlarını saymıştır<sup>124</sup>. Ayrıca Sözleşmenin 18. maddesi, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ancak öngörüldükleri amaç için uygulanacaklarını belirterek devlet müdahalelerinin güttükleri amaçların meşruiyetini sorgulama imkanını Sözleşme organlarına vermektedir<sup>125</sup>.

İfade hürriyetinin sınırlanmasında diğer bir sınır demokratik toplum kavramıdır. Kavram, Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinde korunan hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında bir güvence oluşturmaktadır. Bu hak ve özgürlüklere yapılacak bir müdahale demokratik toplumun gereklerine uygun olmalıdır<sup>126</sup>.

### **İ- 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi**

#### **1. 5651 Sayılı Kanun Hakkında Genel Değerlendirme**

Dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak, ülkemizde de, İnternet dahil hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suiistimal edilmesi suretiyle işlenen suçlar ortaya çıkmıştır. Bu suçlarla mücadele konusunda etkin ve doğru bir yapılanmayı mümkün kılacak özel bir kanun olan 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi

<sup>123</sup> K. C. WHERE, Modern Anayasalar, çev. Turhan Mehmet, Değişim Yayınları, İstanbul:1984, s.55.

<sup>124</sup> 10. maddenin ikinci fıkrası şöyledir:

“Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”

<sup>125</sup> KARAGÖZ, 2004, s.93.

<sup>126</sup> BEYDOĞAN, 2003, s. 99.

Hakkında Kanun” 23 Mayıs 2007 tarih ve 26530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>127</sup>.

5651 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik üç yönetmelik çıkarılmıştır. Başbakanlık tarafından hazırlanan “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” 30 Kasım 2007 tarihli ve 26716 sayılı Resmi Gazete’de<sup>128</sup>, “İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik” 1 Kasım 2007 tarihli 26687 sayılı Resmi Gazete’de<sup>129</sup>, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan “Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” ise 24 Ekim 2007 tarihinde 26680 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>130</sup>.

5651 sayılı kanun; Anayasamızın, özel olarak korunmasını öngördüğü, başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik suçların kolayca işlenmesini önleyici özel bir kanun mahiyetindedir.

Dünyada bir çok ülkede İnternet için özel bir düzenlemenin eksikliği devam etmekteyken ve uygulamalarda genellikle çocuk istismarı ve ırkçılıkla mücadele ön plana çıkmakla birlikte “gerçek hayatta suç olan İnternette de suç” olarak kabul edilip Mahkemelerce bu yönde kararlar alabilmekteyken, başka bir ifadeyle, katalog suç sınırlaması olmaksızın bütün suçlara yönelik erişim engelleme kararları verilebilirken, ülkemizde 5651 sayılı yasa ve yönetmelikleri ile İnternet aktörlerinin tanımlanması, sorumluluklarının belirlenmesi, içerik çıkarma “uyar-kaldır” ve erişim engelleme usul ve esaslarının belirlenmesi vb. düzenlemeler ile demokratik ülkelerin birçoğundan bir adım öne geçilmiştir.

## **2. 5651 sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler**

a. Bilişim ve internet alanındaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve İnternetin güvenli kullanımının önemi vurgulanmıştır.

b. İnternet ortamındaki yasa-dışı içeriklerle mücadelede önemli bir araç olan uyar-kaldır mekanizması getirilmiştir. (Notice and Takedown)

c. İnternet ortamında yapılan yayın dolayısıyla kişilik hakkı ihlal

<sup>127</sup> <http://www.tib.gov.tr/kat/mevzuat> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<sup>128</sup> <http://www.tib.gov.tr/node/86><http://www.tib.gov.tr/node/86> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<sup>129</sup> <http://www.tib.gov.tr/node/87> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<sup>130</sup> <http://www.tib.gov.tr/kat/mevzuat> (Erişim tarihi: 10.04.2010)



## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

edilenler için içeriğin yayından kaldırılması ve cevap hakkı getirilmiştir. ( Notice and put back)

ç. İnternet ortamındaki yayınlarda işlenen 8 suça yönelik erişim engelleme tedbiri getirilmiştir.

d. İnternetin önemli aktörlerinden olan erişim sağlayıcı, yer sağlayıcı ve içerik sağlayıcılar tanımlanarak bunların hakları, sorumlulukları ve yükümlülükleri düzenlenmiştir.

5651 sayılı yasanın tanımlar başlıklı 2. maddesinde tanımlanan önemli bir aktör erişim sağlayıcıdır. Maddede erişim sağlayıcı; “kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. İnternete bağlanabilmek için bu hizmeti veren bir erişim sağlayıcıyla abonelik sözleşmesi yapmak gerekmektedir. T.T.NE, Superonline, Avea, Turkcell, Vodafone, Koçnet vb. erişim sağlayıcılara örnek olarak verilebilir<sup>131</sup>.

Yasanın 2. maddesinde içerik sağlayıcı; “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Haber siteleri, gazetelerin İnternet siteleri, kamu kurum ve kuruluşlarının İnternet siteleri içerik sağlayıcılara örnek olarak verilebilir. Kısaca, içerik sağlayıcılar İnternet ortamında bilgi ve veri sağlarlar.

Yine, yasanın 2. maddesinde yer sağlayıcı ise; “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır.

Yer sağlayıcı, teknik olarak İnternet ortamında yayın yapılmasına imkan sağlar. Örneğin, abcd.com.tr adlı İnternet sitesinin İnternet ortamında yayın yapabilmesi için bir yer sağlayıcıyla anlaşmak gerekir. Bir kişi kendi evine kurduğu bir sunucu vasıtasıyla da İnternet ortamında yayın yapabilir. Ancak, bu maliyetli olduğundan genellikle yer sağlayıcılığı faaliyetinde bulunan bir kişi veya şirketle anlaşmak daha ekonomik olacaktır. Kısaca, hazırladığımız içerikleri İnternet ortamında yayına sunabilmek için teknik olarak bir yer sağlayıcının sunucusunda yani bilgisayarında İnternet sitemizi barındırmamız gerekmektedir.

<sup>131</sup> Ülkemizde faaliyette bulunan erişim sağlayıcıların tam listesine [http://www.tib.gov.tr/dokuman/ES\\_listesi.html](http://www.tib.gov.tr/dokuman/ES_listesi.html) sayfasından ulaşılabilmektedir. (Erişim tarihi: 10.04.2010)

e. İnternet ortamında işlenen suçlarla mücadelede önemli bir veri olan trafik bilgilerinin tutulmasına yönelik düzenleme yapılmıştır.

f. İnternet kafeler başta olmak üzere toplu internet kullanım imkanı sağlayanların sorumluluk ve yükümlükleri belirlenmiştir.

g. Erişim ve yer sağlayıcı olarak faaliyette bulunabilmek için gerekli olan şartlar belirlenmiştir.

h. İnternet Kurulunun oluşumuna yönelik düzenleme getirilmiştir.

### **3. Uyar-Kaldır Usulü (Notice and Takedown)**

20. yüzyılın en önemli buluşlarından birisi olan İnternette güzel ve faydalı içeriklerin yanında zararlı içeriklerin de bulunduğu bilinen bir gerçekliktir. Bütün dünyanın yapmak istediği ve 5651 sayılı yasa ve ikincil düzenlemelerle hukuk sistemimize getirilen çok önemli olduğunu düşündüğümüz yöntem uyar-kaldır (Notice and takedown) usulüdür.

Uyar-kaldır, İnternet kullanıcılarına internette gördükleri yasa dışı içerikleri raporlama imkanı sağlayan ve İnternetteki yasa dışı içeriklerle mücadele etmede yardımcı olan önemli bir mekanizmadır<sup>132</sup>. Bu yöntem, İnternet sitesindeki bir içerik nedeniyle sitenin tamamının erişime engellenmesini önler. Bir İnternet sitesinde yer alan yasa dışı bir içerik nedeniyle sitenin tamamının engellenmesi hem hakkaniyete hem de Anayasamızda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan ölçülülük ilkesine kanımızca uygun olmayacaktır. Uyar-kaldır yöntemi bütün bu sakıncalı durumları da önleyen bir sistemdir. İnternet'in düzenlenmesi zor yapısı nedeniyle İnternet'te bir yayına yüzde yüz oranında erişim engellenmesi ancak suç teşkil eden içeriğin yayından çıkarılmasıyla mümkündür. Bunun haricinde yapılan her türlü işlem, erişimi zorlaştırıcı tedbirlerden ibarettir. Başka bir ifadeyle, erişimi engelli olan bir İnternet sitesine alternatif giriş yolları bulunmaktadır. Ancak, bu yolların etkinliği, güvenliği ve verimliliği tartışmalıdır.

Dünyada İnternetin filtrelenmesi, içeriklere erişimin engellenmesi konusunda çeşitli uygulamalar bulunmaktadır. Çin, İran, Birleşik Arap Emirlikleri, Suriye, Kuzey Kore gibi birçok ülke, çeşitli sebeplerle bütün ülke İnternet trafik çıkışı üzerinden kapsamlı ve sansür anlamında internet filtreleme yapmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, İnternet Servis sağlayıcıların

<sup>132</sup>[http://en.wikipedia.org/wiki/Online\\_Copyright\\_Infringement\\_Liability\\_Limitation\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Online_Copyright_Infringement_Liability_Limitation_Act) (Erişim tarihi: 10.04.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

sistemleri üzerinde işlem tesis etmeye çalışmaktadırlar<sup>133</sup>. Avrupa devletleri ise bu tür bir uygulama yapmamakta daha çok belirli suçlar çerçevesinde engelleme, filtreleme işlemi gerçekleştirmektedir. Avrupa ülkeleri, İnternet konusunda özel bir kanunla düzenleme yapmaktan ziyade günlük hayatta suç olan internette de suçtur ilkesiyle hareket etmekte ve İnternet ortamında işlenen suçlarla mücadele etmeye çalışmaktadır<sup>134</sup>. Türkiye konuyu 5651 sayılı yasayla düzenlemeye çalışmış ayrıca Avrupa ülkelerinden farklı olarak engelleme yapılabilecek suç türlerini sınırlandırmıştır.

Dünyadaki ülkelerin İnternet uygulamalarını takip eden örgütlerin listelerinde ülkemiz, batı ve demokratik ülkelerle aynı listededir. Bu konuda, sınır tanımayan gazeteciler örgütü ülkeleri, İnternet Engellemeleri uygulamasında ülkeleri 3 kategoriye ayırmıştır<sup>135</sup>:

- 1-Aşırı derecede engelleme yapan ülkeler,
- 2-Fazla engelleme yapan ülkeler,
- 3-Makul derecede engelleme yapan ülkeler.

Bu rapora göre ülkemiz; İtalya, Fransa, Hollanda, Amerika ve Danimarka gibi ülkelerin bulunduğu makul derecede engelleme yapan ülkeler kategorisinde yer almaktadır.

### **SONUÇ**

5651 sayılı Yasanın “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinde, “Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemektir.” hükmü yer almaktadır. Kanunun amacının internet ortamında işlenen belirli suçlarla mücadele olduğu bu maddede ve Kanunun genel gerekçesinde açık olarak ifade edilmiştir.

Sınırlı sayıda suçla etkin mücadele hususu yasama sürecinde de dile getirilmiş 12/04/2007 tarihli T.B.M.M. Adalet Komisyonu Raporunda: “İnternet ortamında yapılan ve konusu suç oluşturan içeriğe sahip yayınlarla mücadelenin etkinliğini sağlama bakımından başlangıçta katalog

<sup>133</sup> <http://opennet.net/research/regions/mena> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<sup>134</sup> <http://opennet.net/research/regions/europe> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<sup>135</sup> <http://en.rsrf.org/> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

*içerisinde yer alan suçların sayısı mümkün olduğunca sınırlı tutulmuştur.”* şeklindeki önemli tespitin devamında; *“Anayasanın uluslararası sözleşmeler hükümlerine bağlı olarak güvence altına aldığı özellikle düşünce açıklama özgürlüğünü kısıtlama bağlamında eleştirilere maruz kalmamak amacıyla, kapsam, internet ortamında yapılan, çocukların ve gençlerin olumsuz olarak etkilenebileceği ya da çocukların cinsel yönden istismar edilmesi suretiyle oluşturulmuş yayınlarla sınırlı tutulmuştur.”* şeklindeki açıklamalara yer verilmiştir<sup>136</sup>.

8.maddedeki katalog sınırlaması, Kanun’un gerekçesinde de belirtildiği üzere; İnternet’in uluslararası niteliğinin gereği ve uluslararası uygulamalara paralellik kaygısının bir sonucudur. Dolayısıyla, başlangıçta geniş tutulan katalog çerçevesi daha sonra oldukça daraltılmış ve bilinçli bir tercihle yasa gerekçesinde belirtilen kaygılara istinaden erişim engellemesi uygulamaları 8 suçla sınırlı tutulmuştur. Öte yandan uygulamada katalogun çocukların cinsel istismarı başta olmak üzere birkaç suçla sınırlı kaldığı da görülmektedir<sup>137</sup>.

İnternetin karmaşık yapısının bu alana ilişkin düzenlemelerin oluşturulması sürecinde ülkemiz için ortaya çıkardığı sorunlar 5651 sayılı yasa ile bir nebze aşılmaya çalışılmıştır. 5651 sayılı yasa ve ilgili yönetmelikleri bu yönüyle sınırlı sayıda suç kapsamında gerçekleşmiş bir düzenlemedir.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı telekomünikasyon sektöründe bağımsız idari otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde belirtilen bu sınırlı sayıdaki suçlar kapsamında mücadeleyi sürdürmektedir. İfade hürriyeti önünde engel olarak görülen İnternet sitesinin tamamen engellenmesi şeklindeki uygulamalardan doğan sıkıntıların 5651 sayılı yasanın getirmiş olduğu yeni hükümlerin yasa uygulayıcılarının oluşturacağı uygulama birliği ile çözülebileceği ifade edilebilir. Başka bir ifadeyle, uygulamadan kaynaklanan sorunlar zaman içinde içtihatlarla çözülecektir. Bu nedenle, 5651 sayılı yasada öngörülen sınırlı sayıdaki sekiz suçun ve engelleme usulünün ifade hürriyeti açısından sorun oluşturmayacağını söyleyebiliriz.

<sup>136</sup> [http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651\\_genel%20gerekce.pdf](http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651_genel%20gerekce.pdf) (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<sup>137</sup> <http://www.guvenliweb.org.tr/> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

**KAYNAKÇA**

- AKDENİZ, Yaman – ALTIPARMAK Kerem:** İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin eleştirel Bir Değerlendirme, İmaj Yayınevi, Ankara, 2008
- ALACAKAPTAN, Uğur:** “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, c.2, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000
- BEYDOĞAN, T. Ayhan:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003
- CANBAY, Cafer:** Alan Adları Yönetimi, Dünya Uygulamaları Türkiye İçin Çözümsel Yaklaşımlar, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005
- ÇEÇEN, Anıl:** İnsan Hakları, Gündoğan Ankara, 1995
- DİCKERSEN, Trager:** Freedom of Expression in the 21 st Century
- FİNKELNBURG, Klaus:** “Demokraside İfade Özgürlüğü”, çev. Nihat Ünlüer, Düşünce Özgürlüğü, der. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 1998
- GÖKÇEN, Ahmet:** Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Liberte Yayınları, Ankara, 2001
- GÖZLER, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007
- GÖZLER, Kemal:** Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.:** Özgürlükler Hukuku, İnsan haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996
- KARAGÖZ, Kasım:** İfade Özgürlüğü Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004
- KÜÇÜK, Adnan:** İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberte Yayınları, Ankara 2003

*Doğan KILINÇ*

**O'KEEFE, Kevin- PALFREY, John- SELTZER, Wendy:** "İnternet Filtering in the United States and Canada" <http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

**ÖZGENÇ, İzzet:** "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır 1998

**SELÇUK, Sami:** "Düşün Özgürlüğü", Düşünce Özgürlüğü, der. Hayrettin Ökçesiz, AFA, İstanbul, 1998

**SUNAY, Reyhan:** Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001

**TANÖR, Bülent:** Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969

**TANÖR, Bülent:** "İnanç ve Din Özgürlüğü", İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000

**TUNÇ, Hasan:** Anayasa Hukukuna Giriş, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999

**WHERE, K. C.:** Modern Anayasalar, çev. Turhan Mehmet, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984

### İNTERNET KAYNAKLARI

[http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<http://v1.ce.com.tr/sour.ce/index.asp?wss=ce.com.tr&wpg=hizmetdetay&id=D9C96C6D-7346-;4153-949A-3ECED03F31D0> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

[http://www.tib.gov.tr/yonetmelik\\_detay1.html](http://www.tib.gov.tr/yonetmelik_detay1.html) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

[http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar\\_bilgisi/bilgi/15.html](http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/15.html) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

[http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4) (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523.htm> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.7258&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.5846&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/435.html> 101 vd. maddeler. (Erişim tarihi: 4.03.2010)

<http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/kitap/1982ana.doc> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<http://www.tib.gov.tr/node/86> (Erişim tarihi: 24.03.2010)

<http://www.ispo.cec.be/legal/en/İnternet/communic.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.ispo.cec.be/legal/en/İnternet/gpen-toc.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.copacommission.org/meetings/hearing3/eu.test.pdf> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.ispo.cec.be/iap> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.missingkids.com/> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.icra.org> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.qlinks.net/iap/infoday.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.getnetwise.org> (Erişim tarihi: 25.03.2010) [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/bsa1992214/sch5.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/bsa1992214/sch5.html) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

[http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PUB\\_CONT\\_DIR](http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PUB_CONT_DIR) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

[http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/bsa1992214/sch7.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/bsa1992214/sch7.html) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

[http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/LegislativeInstrumentCompilation1.nsf/0/F0EC030A108C93DDCA2574120004F6B8/\\$file/FCGGuidelines2005.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/LegislativeInstrumentCompilation1.nsf/0/F0EC030A108C93DDCA2574120004F6B8/$file/FCGGuidelines2005.pdf) (Erişim tarihi: 25.03.2010)

<http://www.classification.gov.au/special.html> (Erişim tarihi: 25.03.2010)

- [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/39F182CD2726B0E7CA257323000FE5E0/\\$file/1242007.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/39F182CD2726B0E7CA257323000FE5E0/$file/1242007.pdf) (Erişim tarihi: 25.03.2010)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:HTML> (Erişim tarihi: 26.03.2010)
- [http://en.wikipedia.org/wiki/Cleanfeed\\_\(content\\_blocking\\_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Cleanfeed_(content_blocking_system)) (Erişim tarihi: 26.03.2010)
- <http://www.iwf.org.uk/> (Erişim tarihi: 26.03.2010)
- <http://www.iwf.org.uk/police/page.22.13.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2010)
- [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2003/plain/ukpga\\_20030042\\_en](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2003/plain/ukpga_20030042_en) (Erişim tarihi: 26.03.2010)
- [http://www.theregister.co.uk/2006/05/18/uk\\_site\\_blocking/](http://www.theregister.co.uk/2006/05/18/uk_site_blocking/) (Erişim tarihi: 26.03.2010)
- <https://publicaffairs.linx.net/news/?p=497> (Erişim tarihi: 26.03.2010)
- <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/760782.stm> (Erişim tarihi: 26.03.2010)  
(Erişim tarihi: 28.03.2010)
- <http://www.iht.com/articles/2001/01/04/yahoo.2.t.php>; [http://www.cyber-rights.org/documents/yahoo\\_ya.pdf](http://www.cyber-rights.org/documents/yahoo_ya.pdf) (Erişim tarihi: 28.03.2010)
- <http://www.computerweekly.com/Articles/2001/11/09/183630/judge-dismisses-french-case-against-yahoo.htm> (Erişim tarihi: 28.03.2010)
- <http://www.edri.org/edriagram/number6.13/france-europe-3-strikes> (Erişim tarihi: 28.03.2010)
- [http://www.ibls.com/internet\\_law\\_news\\_portal\\_view.aspx?s=latestnews&id=2076](http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=2076) (Erişim tarihi: 28.03.2010)
- [http://www.ibls.com/internet\\_law\\_news\\_portal\\_view.aspx?s=latestnews&id=2076](http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=2076) (Erişim tarihi: 28.03.2010)
- <http://www.france24.com/en/20090610-top-legal-body-strikes-down-anti-piracy-law-hadopi-constitutional-council-internet-france> (Erişim tarihi: 29.03.2010)
- <http://www.edri.org/edriagram/number8.2/loppsi-2-france-blocking-websites>  
<http://www.zeropaid.com/news/86252/new-french-loppsi-2-law->



## *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*

proposal-to-allow-police-to-upload-malware-to-file-sharers/ (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<http://www.edri.org/edriagram/number8.4/loppsi-2-adopted-asamblee-nationale> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<http://www.edri.org/edriagram/number8.3/gambling-blocking-denmark-france> (Erişim tarihi: 28.03.2010)

<http://www.nytimes.com/library/tech/99/11/biztech/articles/18compuserve-germany.html> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

[http://www.rsf.org/article.php3?id\\_article=10678](http://www.rsf.org/article.php3?id_article=10678) (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://de.wikipedia.org/wiki/Zugangerschwernungsgesetz> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://nachrichten.t-online.de/c/19/15/86/70/19158670.html> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://odem.org/material/İnternet-censorship-germany.pdf> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://tdc.com/> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://tdc.com/publish.php?id=2645> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

[http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet\\_censorship#Denmark](http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet_censorship#Denmark); <http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSL0480268320080204> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

[http://wikileaks.org/wiki/Denmark:\\_3863\\_sites\\_on\\_censorship\\_list%2C\\_Feb\\_2008](http://wikileaks.org/wiki/Denmark:_3863_sites_on_censorship_list%2C_Feb_2008); <http://www.computerworld.com/action/article.do?command=viewArticleBasic&articleId=9097018> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://www.edri.org/edriagram/number8.3/gambling-blocking-denmark-france> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://www.ffi.org/blog/kai-2008-02-18.html#is-the-censorship-legal> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

[http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet\\_censorship#Finland](http://en.wikipedia.org/wiki/İnternet_censorship#Finland) (Erişim tarihi: 01.04.2010)

<http://www.ffi.org/blog/kai-2008-02-18.html#what-is-censored> (Erişim tarihi: 01.04.2010)

**Doğan KILINÇ**

<http://www.lapsiporno.info/english-2008-02-15.html> (Erişim tarihi:  
05.04.2010)

(Erişim tarihi: 05.04.2010)

<http://opennet.net/research/regions/namerica> (Erişim tarihi: 05.04.2010)

(Erişim tarihi: 07.04.2010)

<http://www.edri.org/edriagram/number7.24/spanish-manifesto-against-three-strikes> (Erişim tarihi: 07.04.2010)

<http://www.technollama.co.uk/linking-to-p2p-content-declared-legal-in-spain> (Erişim tarihi: 07.04.2010)

<http://www.cnnturk.com/2010/dunya/02/24/google.yoneticilerine.hapis.cezasi/565207.0/index.html> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:HTML> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

<http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/8196257.asp> (Erişim tarihi: 09.04.2010)

<http://www.tib.gov.tr/kat/mevzuat> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<http://www.tib.gov.tr/node/86><http://www.tib.gov.tr/node/86> (Erişim tarihi:  
10.04.2010)

<http://www.tib.gov.tr/node/87> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<http://www.tib.gov.tr/kat/mevzuat> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

[http://www.tib.gov.tr/dokuman/ES\\_listesi.html](http://www.tib.gov.tr/dokuman/ES_listesi.html) sayfasından  
ulaşılabilmektedir. (Erişim tarihi: 10.04.2010)

[http://en.wikipedia.org/wiki/Online\\_Copyright\\_Infringement\\_Liability\\_Limitation\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Online_Copyright_Infringement_Liability_Limitation_Act) (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<http://opennet.net/research/regions/mena> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<http://opennet.net/research/regions/europe> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

<http://en.rsf.org/> (Erişim tarihi: 10.04.2010)

[http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651\\_genel%20gerekce.pdf](http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651_genel%20gerekce.pdf) (Erişim tarihi:  
10.04.2010)

# ANAYASAYI YENİDEN YAPMA VE DEĞİŞTİRME ÜZERİNE ANALİZLER

Emin MEMİŞ\*

*Enerjimizi bilime harcayacak yerde, moral bozukluğu ve haksızlıklara karşı birlikte mücadele verdiğimiz Üniversitede, on yılı aşan bir zaman kaybımıza sebep olanları sindirmeye uğraşırken Profesörlüğe müracaat sırasında bizi şok eden ölümüyle sonsuzluğa uğurladığımız ölümsüz can arkadaşım (Anayasa Hukuku alanında uzun yıllar çaba harcamamıza karşın), bölüm değiştirmek zorunda bırakılınca, onun Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yeniden Kamu Hukukunda çalışmaya başladığı yorucu yılların “dost doğru” güzel insanı Doç.Dr.Mustafa YILDIZ’ın aziz hatırasına...*

## Özet

*Türkiye Cumhuriyeti Devleti bir hukuk devletidir. Hukukun üstünlüğü ilkesi ile hukuk devleti ilkesi tam anlamıyla aynı anlama gelir.*

*1982 Anayasası sert (katı) bir Anayasadır. Anayasanın ilk üç maddesi değiştiremez. Değiştirme önerisi de yapılamaz.*

*Türkiye Cumhuriyeti Devletinin en önemli niteliklerini söylersek bunlar, demokratik devlet, lâik devlet, sosyal devlet ve hukuk devleti nitelikleridir.*

*Lâiklik ilkesi, modern Türkiye Cumhuriyetinin temel kavramı veya unsurudur. Ancak lâik devlet ilkesi hakkında sert tartışmalar yaşanmaktadır. Anayasa sadece kurucu ve türev iktidar eliyle değiştirilebilir. Ancak her Anayasa is sonsuz değildir. Kamınca değiştirebilme koşulu, demokratik uzlaşma ile olmalıdır.*

*Özellikle son Anayasa Değişikliği, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), yargı bağımsızlığı, erkler ayrılığı... hakkında çok eleştiri yapıldı. Kuşkusuz bu Anayasa değişikliğinde erkler ayrılığına karşı da bir Anayasaya aykırılık sorunu oluştu. Çünkü taraflı Adalet Bakanı HSYK Başkanı ve yetkilidir.*

*Yine Anayasa Mahkemesinin yapısı ve yargıç Üyelerinin seçimi de çok eleştirildi. Çünkü seçim ve yapılanma hükümetin yararına idi.*

**Anahtar Kelimeler:** 1982 Anayasası, Laiklik, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi

**ANALYSES ON THE CONSTITUTION CHANGES AND CREATE A NEW CONSTITUTION**

**Abstract**

*The Turkey Public is the rule of law (supremacy of law). The principle of the superiority of law is synonym in the full sense of the word with the rule of law.*

*The 1982 Constitution is hard constitution and first three articles are can not change. Also a change proposel can not do.*

*If we say, the most important qualites of the Turkey Public; these are secular, democratic, social and the rule of law .*

*The secularism is a basic consept or element of the modern Turkey Public. But there are hard discussions about the secular state principle.*

*Constitution can be changed by the basic and derivative power. But the each constitution is not never-ending. I think, the change condition must be with the democratic agreement.*

*The orders which about of the last constitution changes and the new structure of Sperior Commission of the Judges and Public Prosecutors especialy were much criticized. Besides the judgement independence and the powers divison were crizided. Certainly the powers division of constitution was breached and a oposition problem was became against to the powers division of constitution. Because, having sides the Minister of Justice was the Chairman of the Comission and was competented.*

*The election of the Constitution Court Members was also much criticized. Because new the structure of the Constitution Court and the election of the Judge Members was useful for the government.*

**Key words:** *The 1982 Constitution, The Secularisim, The Superior Commission of the Judges and Public Prosecutors, The Election of the Constitution Court Members,*

**1- Yürütmenin Uygulamada Görülmeyen Bir Anayasa Önerisi Hazırlattırması ve Türk Milleti Projesi Bazında Bazı Kavramları Hatırlama**

22 Temmuz 2007 Milletvekili Seçimi ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin hemen arkasından Adalet ve Kalkınma Partisi(AKP) iktidarınca anayasacıardan oluşturulan bir kurula “**sivil anayasa**” ( Anayasa Hukuku kuramında olmayan bu terim nerden çıktı? Deyimi kullanılabilir kabul edersek, öyle

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

veya böyle darbe mahsulü 1982 Anayasası da halk oyuna sunulup sivilleştirilmedi mi? Sivillerin yaptığı kastedilen ama askerlerin dışlandığı Anayasa mı? Asıl olan Anayasa kuramı bağlamında hazırlanmış bir Anayasa değil mi? ) taslağı önerisi hazırlattırılmış ve değiştirilmek istenilen LÂİKLİK ilkesi bağlamında “**din ve vicdan özgürlüğü**” hükmünde (md.24) önemli değişikliklere gidilmiştir ( Bu konuya aşağıda dönülecektir).

Yeni bir Anayasa yazdırma önerisini hazırlattırma istemi, seçim öncesine (8 Haziran 2007) rastlar.

CHP'nin Cumhuriyet Dönemi seçim tarihimize tek parti iktidarından çok partili yönetime geçme denemesinde; Demokrat Partinin 1950 seçimlerinde %53.35 oy oranıyla BMM'nde %83.57'lik temsil yetkisine ulaşması ve çok önemli bir çoğunluğu yakalamasından yarım asır sonra; bu kez, AKP'nin seçim tarihimize ikinci kez % 47 oy alma oranına ulaşmasıyla meclisteki temsil oranını %60'ın üzerine çıkarırken; 2/3 çoğunluğa (357 milletvekili) yaklaşan Meclis gurubunun oluşturduğu **yürütme erkinin** her kesimce 1982 Anayasasına sıkça yapılan eleştirilerden ötürü yeni bir Anayasa yapma önerisi ile ilk plânda devleti yeni bir bakış açısıyla ele alması yanında; oylarını arttırmayı amaçlaması ve yeniden seçimi kazanma varsayımını güçlendirme gibi görüldüğü de söylenebilir. Dolayısıyla AKP iktidarı, yeni bir Anayasa yapma girişim önerisinin öngördüğü değişikliklerle yeni bir yaklaşım denemesi düşüncesinin de ipuçlarını veriyordu.

Ancak Anayasanın değişmezlik yasağı maddeleri (md.1- 4) karşısında, kamuoyu ve muhalefetin sesinin yükselmesiyle olacak ki, iktidarın hazırlattığı bu taslak gündemden düşürülecektir.

Lâiklik ilkesinin Türkiye Cumhuriyeti sisteminin birincil temel dayanağını oluşturduğu gerçeği 1923'den beri yinelenen gelmiştir. Hazırlattırılan Anayasa Kurulu önerisinde, değiştirilemez anayasal lâiklik tanımında yeni bir yaklaşım denendiği için bu başlıkta birkaç söz söyleme gereğini duydum.

Atatürk, Cumhuriyetin ilânının ardından, Cumhuriyetimizin dayandırıldığı ilke ve devrimlerin içerdiği rejimi yüksek sesle seslendirirken, kurulmak istenen rejimi; “**bağımsızlığı, ulusal istenci esas alan bir devlet, akıl ve bilimin öncülüğünde sürekli çağdaşlaşmayı ve LÂİKLİğİ öngören bir dünya görüşü**” olarak tanımlamış ve kalıplaşmış ideolojileri, dünyadaki değişim ve gelişimleri sınırlayacağı için eleştirmiştir.

Demek ki: Atatürk'ün yol haritasını simgeleyen bilim ve akla dayalı değişim ve gelişimi dayanak yapma düşüncesi, kalıplaşmış ideolojilere bir alternatif oluşturmaktadır. Kuşkusuz buradaki **akıl ve bilimin öncülüğünde ki sürekli çağdaşlaşma ve lâikliği** öngören, bağımsızlık ve milli iradeyi esas alan devlet projesi eğrisini besleyen değişmezlik kalıbı ise, bilim ve akıl düzenidir. Başka anlatımla bilim ve akıl pınarının sonsuza değin kurumasını önlemek veya akmasını sağlamak ya da bu değişmezlik parametresinde düşünce ve ifade özgürlüğü kanalını hep açık tutmaktır.

Demokrasinin olmazsa olmazı **lâiklik** ilkesinin dünyadaki ve ülkemizdeki gelişim eğrisini incelemek konumuz olmamakla birlikte; bu ilkenin, Anayasanın değişmez-değiştirilemez ilkelerinden (md.2) en önemli bir ayağını oluşturduğunu işaretlemeliyim. Zaten Anayasanın birçok hükmünde bu konuya yönelik öngörüler durumu yansıtabilir.

**Batı Demokrasisi**, Helsinki Bildirisi'nde yinelenen **hukukun üstünlüğüne** dayanır. Başka ifadeyle hukuk devleti ilkesi ile özdeşleşmiş bir demokrasidir. Hukuk devleti koşullarında biri olan "**erkler ayrılığı**" koşulu, **1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi**'nin 16.maddesinde yer alır: "**Hakların güvence altına konulması sağlanmamış, kuvvetler ayrılığı belirtilmemiş olan toplumlar asla Anayasaya sahip değildir**".

1982 Anayasası 2.maddesinin değiştirme yasağı konulan Cumhuriyetin **lâiklik** koşulu için önem taşıyan ve hukuk devleti niteliği olan **erkler ayrılığı** koşulunu da ilgilendiren son Anayasa değişikliklerindeki Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) ve Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi hakkındaki değişiklik hükümlerinin Halkoyuna sunularak değiştirilmesi konularında, çoğulcu demokrasi anlayışı ve Anayasa kuramı bazında (bir Alman örneğine de değinerek) bir sonraki başlıkta değerlendirilecek kurma **işlevinin** öneme dikkat çekilmek istendi.

Atatürk'ün dünya görüşünün unsurlarından biri olan **lâiklik** ilkesi, akılcılık ve bilimciliği esas aldığına göre, yazıldığı gibi pozitivist bir yaklaşımı simgeler. Bu anlayış, din düşmanlığı değildir. Akıl ve bilimin yürüteceği devlet işlerine dinin karıştırılmaması, dinin ve dini inançların politikaya alet edilmemesidir. Esasen Atatürk zamanında dini bayram günlerinin resmi tatil yapılması, camilerin ve din adamlarının devlet içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığının himayesine konması, dine saygılı bir **lâiklik** yaklaşımını sergiler. Çünkü din saygıdeğer bir toplum kurumudur.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Türkiye’de ulusal devletin kurulmasını sağlayan süreç, ulusal bağımsızlık ve egemenlik savaşıdır. Başka söylemle “Kuvayi Milliye Ruhu”dur. Öyleyse Anadolu Ulusal Kurtuluş Mücadelesi “**hem bir kurtuluş, hem bir kuruluş**” savaşıdır. O nedenle, KURULUŞ sürecinin koşullarından birisi, “**politikada, hukukta, kültürde ve yaşayışta Batılı, lâik bir toplumun meydana gelmesi**” idi.

Bugün Avrupa Normunu benimsediğimize göre, modern devlet yaklaşımıyla Anayasayı yeniden yapma veya değiştirme noktalarındaki bakış açımıza; ancak doğru sayılabilen Anayasa gelişim eğrisine, evrensel hukukun genel ilkelerine ve değiştirilemez demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti bağlamında gerçekleştirebiliriz. Anayasa, bir sosyal sözleşme niteliğini içerdii için onun yapımında elverdiğince yüksek bir “mutabakat” da sağlamalıyız. Anayasa herkesin-toplumsal zinde güçlerin katılacağı bir yöntemle yapılabilir. Anayasanın değiştirilemez dediği demokratik devlet ilkesi de bu anlayışı simgelemiyor mu? Ancak mevcut Anayasa bazında değişmezlik yasakları saptamışsa, bu yasaklara uymama lüksü olamaz. Dolayısıyla demokrasiyi esas alacaksak, Anayasayı değiştirirken **millet, vatandaşlık, milli kimlik, lâiklik**... kavramları keşişmesinin Anayasa kuramında önemli yeri olduğu da unutulmamalıdır.

### “ANAYASAL VATANDAŞLIK” BİR ÜST KİMLİK Mİ?

Gerçekten “**Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye Halkına Türk Milleti denir**” (Ki: Buradaki ‘**Türk Milleti**’ terimi, bir MİLLET projesini simgeler ve etnolojik bağlamda etnik kimliklerin ötesinde bütün vatandaşları kucaklayan ve tümleştiren temsili nitelik içeren ve etnolojik ana kimlik anlamına gelen **üst kimlik**, siyasal bazda da ‘**milli kimlik**’ olmayı simgeler. Örneğin günümüzde genelde kabul gören ‘**milli kimlik**’ - bizde ‘**Türklük**’ - devletin kurucu egemen öğesini yansıtırken, Fransa halkının ‘**milli kimliği**’ olan ‘**Fransızlık**’; Fransa’nın kurucusu olan ve kuruluş aşamasındaki % 40 çoğunlukta egemen öğe olan **Franklar**’ın kimliğidir) tanımlamasını veren Atatürk, “millet” tanımını subjektif kuramla yansıtır ve Türkiye’nin milli kimliği de yüzdesi Fransa’yı katlayan (kendini Türk olarak hissedendenlerin sayısı %90), egemen öğe kurucu milli kimliğe dayandığı görülebilir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ELEKDAĞ, “Türkiye’nin Üst Kimliği Türk’tür, Türk Milletidir”, *Cumhuriyet*, 9 Ocak 2010.

Oysa uzun bir zamandan beri dillendirilen **vatandaşlık** ( ‘**anayasal vatandaşlık**’ ) kavramını bir üst kimlik olarak yansıtılması ya da böyle bir algı-lama, tarih, hukuk ve bilim bağlamında tutarsızdır denilebilir. Çünkü **vatandaşlık algısı** ulusal bir söylemdir. Bireyleri ulusal kimlik bilinci ve ulusal-lıkla özdeşleştirme yaklaşımını içerir. Başka ifade ile VATANDAŞLIK fark-lı anlamları veya yaklaşımı belirtmez. Dolayısıyla vatandaşlık bir üst kimlik derecesiyle anlatılamaz. **Vatandaşlık kurumu, millet gerçeğinin temel dayanağıdır. Üst kimlik, siyasal ve sosyal bir olgu** olarak millet (ulus) kavramı ile belirtilebilir. Vatandaşlık, Anayasamıza göre Osmanlı’da görülebile-ceği üzere dinsel temele dayandırılmaz. O nedenle üst kimlik ölçütü hukuk-sal bir statü ile değerlendirilemez. Millet, subjektif tanımla, ortak bir harsa sahip olmayla oluşur. Başka ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de üst kim-liği Türk Milleti simgeler. Kuşkusuz Türk Milleti terimi, Anayasanın temel niteliklerine(md.2) bağlı bulunmaktadır. Millet kapsamında etnik-alt kimlik gurupları olabilir. Bunlar Devletler Hukuku Sözleşmelerinin saptadığı azın-lık kümelerinin dışında Türk Milletinin “mütemmimleri”dir. Türklük Türk Milletinin özelliği, sıfatıdır. Türkiye üniter-tekil bir devlet kuramına giren bir yapılanma-devlettir. Atatürk’ün anılan tanımıyla “Türkiye Halkına Türk Mil-leti denir” ifadesinin sonucu, subjektif millet tanımını kavrar. Üstelik ortak istence-kültüre dayalı millet tezi, modern bir yaklaşımın ürünüdür ve geçmiş deneyimlerden yol alır. Gelişimci, akılcı yöntemleri esas alır. <sup>2</sup>

Kuşkusuz “**milli devlet**” Batının malıdır ve “millet”(ulus) kavramı bu devletin temel unsurudur. Bu cümleden olarak **lâiklik** üzerinde ne denli tartış-malar yaşanmış olsa da millet kavramının asıl enerji kaynağı **LÂİKLİKTİR**. Söylenildiği gibi “**Demokrasi lâiklik olmadan kurulamaz ama demokra-si olmayan rejimlerde lâiklik olabilir**”. Anayasanın Başlangıç öngörüsü ile (“hürriyetçi demokrasi” ) denebilir ki, kastedilen Batı Demokrasisi’nin üretti-ği **ayrım gözetmeyen eşitlikçi vatandaşlık kurumunun bir demokrasi için olmazsa olmazı** ya da siyasal harcı veya milletin çimentosunu, hiç kuşku-suz **lâiklik** temeli simgeler. Demokraside “discrimination” yasağı, vatandaş-ların eşitliğine, başka anlatımla eşit muamele etmek (to treat without discrim-ination) fikrine dayandırılmıştır. Dolayısıyla inanç veya inançsızlıkta **pozitif lâiklik** yaklaşımı öne çıkmaktadır. Bu bağlamda insan hakları belgelerin-de izlenebileceği üzere bireyin din ve vicdan özgürlüğü (Tanrı ile arasında-ki bağ) güvenceye kavuşturulmuştur. Dolayısıyla pozitif mevzuatla çalışan

<sup>2</sup> AKGÜNER, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları,2009,s.81(dipnot 131).



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

biz hukukçuların Anayasanın birçok maddesine konulan bu enerji kaynağının analizini, kurucu babaların iradesinin objektif ve subjektif yorumlarını, diğer anayasa yorum yöntemlerine de dayandırarak, tüm yorum yöntemlerini, dahası geleceğin olması gerekenini, bilim süzgecinden geçirerek yapmak zorundayız. Bunu yaparken hukukçunun Helsinki kıstası hukukun üstünlüğü tezi öne çıkmaktadır.

Hazırlattırılan Anayasa Kurulu önerisi önemli değişiklikler getirince, normal zamanlarda sert bir Anayasa olan 1982 Anayasasının değiştirilmesi sorunu, sert tartışmalara neden olur. Dolayısıyla bu ikinci başlıkta kurma işlevi üzerinde durulmuştur.

### 2- Anayasa Yapma Kuramında Kurma İşlevi Sorunu

#### a) Kurma İşlevi

Gerçekten **kurma işlevi** Anayasa yapma kuramında önemli bir sorundur ve iki farklı konumu yansıtır: **Birincisi**, bir “**hukuki boşluk**” ortamının doğmasıdır. Bir devlet yeniden kuruluyorsa ya da eski bir devlet varlığının yerine yeni bir devletin kurulması söz konusu ise, doğmuş olan “hukuki boşlukta” kurma işlevi olgusu birinci farklı konuma örnek oluşturur. Fransız Devriminin yıktığı Monarşinin ardından, karşılaşılmış olan sorun “**hukuki boşluk**” sorunu idi. Osmanlı Devletinin çökme evresini hazırlayan **dış dinamik ihlâli**<sup>3</sup> de yasama, yürütme ve yargı alanlarında benzeri boşluk üretecektir. **İkincisi** ise, devletin temel kurallarını saptama işlevi sadece birinci durumla oluşmaz. Oluşan ilk örnekteki “**hukuki boşluk**” dışındaki bir hukuki ortam da bir kurma işlevi olarak yansıyabilir. Bu tür kurma işlevi girişiminde konulan yeni temel kurallar da Anayasanın öteki kurallarıyla eşit konumdadır ( 1982 Anayasasının başlangıcı ve 1-4.maddeleri diğer maddelere bir hiyerarşik kafes oluşturur, görüşü de ağır basar)<sup>4</sup>. Diğer ifadeyle, “**hukuki boşluk**” içinde konulmuş kurallarla ya da yapılmış Anayasa ile sürdürölen düzen kurallarının uygulanması sürerken, konulacak olan yeni temel kurallar da eşit nitelikli kurallardır. Dolayısıyla iki farklı “**kurma işlevi**” temel kurallar üretme işlemlerinde, “**kuruculuk**” olgusu bulunur.

<sup>3</sup> MEMİŞ, **Milli Mücadelenin Hukukileşme Süreci**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s.25-27, 136-144.

<sup>4</sup> Karşılaştırınız: BVerfGE, 1,14(19); 30,1(19); MÜLLER, **Juristische Methodik**, Berlin 1971 und 1976 (2.Auflage), s.155-157; EROğUL, **Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi**, Ankara 1974, s.161 vd.; YAYLA, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, **Hıfzı TİMUR’un Anısına ARMAğAN**, İstanbul 1979, s.973 vd.; MEMİŞ, **Anayasaya Uygun Yorum**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s.54-56.

Anayasa kuramında “**hukuki boşluk**” bağlamında oluşan “**kuruculuğa**” ‘**asli kurma işlevi**’; mevcut süren düzende gerçekleştirilen “**kuruculuğa**” ise ‘**türev kurma işlevi**’ denmektedir.

Özetle bir devletin Anayasasını yapma ve değiştirme olgusuna( temel siyasi yapıyı kurma işlevi) “**kurucu iktidar**”(meclis-i müessisan), kurucu iktidarın yaptığı Anayasanın içerdiği rejimi uygulama ile görevlendirilen iktidara da literatürde gözlenebildiği gibi “**kurulmuş iktidar/ türev iktidar**” denir. Bu iktidar olgusu, onu kuran kurucu iktidarın koyduğu sınırlar içinde işlev görür.

“**Asli kurma işlevi**” hukuk dışı bir fenomendir. Çünkü fiili iktidarı eline almış olan sosyal güçler, kuracağı yeni devlet rejimini simgeleyecek olan Anayasayı yaparken, onları bağlayacak olan pozitif bir hukuk normu bulunmamaktadır. Ülkede ihtilâl, darbe, parçalanma veya yabancı bir güç veya güçlerin işgali durumunda oluşacak olan “**hukuki boşluk**” durumunda yapılacak olan yeni bir Anayasayı yapan güç veya güçler dengesinin; “asli kuruculuk” misyonu özelliği ile konulacak olan temel yeni normların; eski bir temel kural veya kurallara dayandırılma olanağı yoktur. Bu tipik durum yeni devlet kurma projelerinde izlenebilir.

İşte “**kamu gücünü**” de facto elinde bulunduranlar (=’kurucu babalar’), felsefi görüşlerine göre yetkilerini “Allah’tan”, “Tarihten” , “Milletten” ya da “Sınıftan”... almış olduklarını herkese duyurabilirler. Ancak kendileri iktidarlarının hukukunu ürettiği için, yapmış oldukları işlemlere “**hukukilik**” kazandırabilecek daha eski bir hukuk mevcut değildir. Bu bağlamdaki “**kuruculuk**”, “**hukuk dışı**” bir form olarak gözlenmektedir. Bu tür bir hukuk dışılık, bir “**değer yargısı**”(Werturteil) değildir. Örneğin belirli bir girişim hukuk dışı olabilir. Ancak ülke yararına da olabilir.

**Bir Örnek:** Sivas Milli Kongresi “**idare-i muvakkatesi**”nin (Anadolu ve Rumeli Müdafai Hukuk Cemiyeti Heyet-i Temsiliyesi / Bund zur Verteidigung der Rechte Anatoliens und Rumeliens) İstanbul’un işgali ve Meclis-i Mebusan’ın kapatılması, yürütme ve yargının felç olmasıyla doğan hukuki boşluk ortamında (Kanuni Esasi’de karşılığı olmamasına karşın), “**asli kurma işlevi**” bazında Anadolu’da yönetime el koyması (potansiyel iktidar girişimleri, iktidara **de facto** el koyma hali), siyasal kesintiyi tamamlayan yararlı bir olgudur.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Yine Fransa'da **de Gaulle**, bir iç çatışmanın eşiğinde çözüm bulmak için devlet başkanını halk seçsin diye (Anayasada hüküm olmamasına karşı) hukuk dışı bir işleme Halkoylamasına (1962) gider. Ama Fransız Anayasa Konseyi'ne göre mevcut sistem içinde bu olanaksızdır. Burada **de facto** olarak "**asli kurma yetkisini**" kullanma ile Anayasayı değiştirme söz konusudur. Bu gelişimin, halkın yararına olduğu için çoğunlukta olan Fransız düşünürlerince savunulduğu görülmüştür ( **Ama şu soruyu da sormamak gerekir: Halkın yararını belirleyecek bir altın vuruş nesnel bir biçimde nasıl gerçekleşebilir? Düşünceler çatışmasında ulusun ve bireyin yararını üretebilecek düşünce, politik egoizmden nasıl sıyrılacaktır?** ) Hukukun ezeli olmadığına bakılırsa, hukuk dışı (gün gelir "sırat köprüsü" misali) **de facto** bir işlemin sonuç olarak hukuki olabileceği söylenebilir.

Tarihimizde 27 Mayıs askeri girişimi yürürlükteki kuralları çiğnemiş ama hukukiliği tartışılması yok denecek kadar az olan 1961 Anayasasını üretmiştir.

"**Asli Kurucu İktidarın**" kuruculuğunun sınırsızlığı hukuki formda değil, sosyolojik formatla açıklanabilir. Esasen bu kavram hukuki değil siyaset bilimi konusudur. Kurma işlevini toplumsal paradigmalara sınırlayabilir. Güçler dengesi kurma olayında etken olabilir. Denebilir ki, asli kurma işlevinde yasal devamlılık kesilmekte ama hukuksal **devamlılık** sürmektedir.

Nihayet bu cümleden olarak hukuksal devamlılık kesintiye uğratılmadan 1982 Anayasasını toptan değiştirip yeni bir Anayasa yapma olayını başarabilmek olanaklı kılınabilir. Anayasa yapma kurma işlevine dayandırıldığına göre, mevcut siyasi ve toplumsal iktidarı elinde bulunduranlar, **de facto** bir hukuk dışılık eğrisinde uzlaşma sağlanarak, örneğin bir kurucu meclis oluşturma ya da mevcut Anayasa Komisyonunun yeni bir Anayasa yapma hazırlığına bir biçimde tüm toplumsal zinde güçleri katarak oluşturulacak yeni Anayasanın meşruiyet mahsulü olabileceğini savunma olanağı savunulabilir. Ancak bu yolda yürümeyi düşünme dileğinin gerçekleşmesini sağlamak, politik egoizmden kurtulmayı, siyasi sağduyu ve kültür olgunluğunu gerektirmiyor mu? Burada en zor sorun, değişime ayak uydurmadaki hazım sorunudur. Toplumsal hazım gerçekliğidir. Diğer söylemlerle, sosyo-politik direnç karargâhlarını dengeye ulaştırmak, uzlaştırmak, bir demokrasi kültürünün varlığıyla paralel görülmektedir. Ne olursa olsun, Anayasa duraganlığı ile toplumsal gerçeklik arasındaki açığı kapatmak kaçınılmazdır ve çözümün ilâcı da çoğulcu demokrasinin gereği olan **çoğunlukçu anlayışla, azın-**

**lık anlayışının** kamu iyiliğini gerçekleştirmede bir uzlaşma süzgecinde birleşmesidir.

Soyut bir milli irade yanılmazlığının kamu iyiliğini simgelediği yaklaşımının matematik ispatı yapılamamıştır. Dolayısıyla 1961 Anayasasıyla ilk kez geçtiğimiz **çoğulcu demokrasi** yaşamını sağlamanın asıl dayanağı, bilim ve akılcılığın öncülüğünde önce mevcut siyasal aktörlerin uzlaşmacı kültüre sahip olması yanında eşit yurttaşların katılımını sağlayan uzlaşma ortamı eğitimine dayalı bir toplum oluşturmaktır. Mevcut Anayasa ile devam etmek zorunluluğu vardır.

Çözümsüzlük durumunda yargı gücü; içthatlarıyla çelişkileri aşmak için teknik hukuk yöntemlerini kullanma ile adaleti sağlamak için mevcut mevzuatımızın boşluklarını kendi içinde ve katıldığımız Avrupa normu bağlamında kapatmaya çaba gösterecek; birey-toplum dengesini kurmaya, demokrasi rejimine sahip olmamız nedeniyle temel hak ve özgürlükleri somutlaştırarak sürdürülebilir devreyi tamamlama işlevini doğal olarak yerine getirecektir.

**b) Sınırsız değişim eğrisinin sınırsızlığını sağlayan sınırlı organlar eğrisi**

1982 Anayasasının TÜREV İKTİDARI (=’kurulmuş iktidarı’) ise ancak Anayasanın koyduğu ölçütler bağlamında (md. 4,175/1) kurma işlevi kullanılarak Anayasayı değiştirebilir. Başka söylemle, Anayasanın 4. maddesi bazında, ilk 3 maddesinin değiştirilmesi dahi önerilemez. Öyleyse TBMM’nin ilk 3 maddeyi değiştirme yetkisi Anayasa ile elinden alınmıştır. Üstelik 4. maddede kaldırabiliriz görüşünü savunma da kurucu iradeyi dikkate almama gelir. Yetki tecavüzü olur. Ancak bu durum sonsuz mudur?

**Doğal hukuk kuramı** Anayasanın değişmesini savunmaz. Ortada olan bir “içtimai sözleşme” ancak toplumsal oydaşmayla-oybirliğiyle değişebilir.

Anayasanın değişmesini savunan bir anlayışa göre de **Anayasa** ile “**sosyal gerçeklik**” arasında açık vardır. Çünkü Anayasa **durağan** diğer “**sosyal gerçeklik**” ise **dinamiktir**. Değişim kaçınılmaz olduğuna bakılırsa, ayak uydurma da önem kazanır.

Yine üretilen “**yeni kuşak kuramı**”, eski kuşak iradesinin yeni kuşakları bağlamayacağını ileri sürer. **Dünya nimetlerinden ölümler değil, yaşayanlar ancak yararlanabilir**. Öyleyse Anayasalar değişmek zorunda kalabilir, değişebilmelidir.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Gene Anayasa konsepti, “**değiştirme**” olgusunu kavrar. Değişmezlik ulusal egemenlikle bağdaşmaz. Anayasa geleceği plânlamadır ama bunun zorluğu da gözlenir. Dolayısıyla Anayasaları değiştirmenin bir zorluğu olmamalıdır. Anayasayı değiştirmede bir zorunluluk doğarsa ne olacak sorusu sorulabilir. Bunun yanıtı, kanımca değişim isteminin bilimsel ve kalitesine bakmakla verilebilir. Asıl olan ileriye dönük değişimleri algılamalıdır. Örneğin Alman Anayasasının saydığı özgürlüklerde olduğu gibi (ki, bu özgürlükler ölçü norm olarak benimsenir) genelde oйдаřma sağlanmış bilimsel doğruluğu benimsenen kavram ya da hükümlerin üzerindeki değişim aynı doğrultudaki gelişimi kavramalıdır. Yasaklamalar hukuk dışı yolları besleyebilir. Anayasa değişiklik isteği ampirik zorunluluk olarak görülebilir. Ama ne olursa olsun toplumun zinde güçleri ileriye dönük değişimlerde uzlaşmalıdır.

Türev iktidarlar, Anayasayı gereksinim olarak değiştirebilir. Ancak çoğulcu demokrasilerde, azınlık fikirlerin de muhterem olduğu unutulmamalıdır. Ki: Bu durum uzlaşmanın bir felsefe taşı ürettiğinin göstergesi olabilir.

Nihayet doktrinde çeşitli görüşler izlenir ve “aslı kurucu iktidarın” da sınırlı olduğunu düşünmek (sınırsız olduğu görüşü yanında), daha yakın gelmektedir. Çünkü örneklendiği gibi, “**Kanun diye, kanun diye, Kanun tepelendi**” dizesinin yansıtmak istediği ana fikrin yanında; “**Kralın üzerinde Allah vardır ama bundan sonra Kralı Kral yapan temel olarak kanun gelir**” sözü de bir gerçeğe dikkat çekmek isterken, kurma işlevi veya kurucu bir organın da sınırlı olduğunu düşündürmektedir.

**Sınırsız değişim eğrisinin sınırsızlığını sağlayan sınırlı organlar eğrisi** de önemli yapılanma taşlarıdır. Gerçekten Kralı Kral yapan gücün kaynağına dokunursanız Anayasasının değerini sınırlamış olursunuz. Özetle kurucu iktidar kendini bir “taahhüd” altına sokarak işler. Ve pozitif hukuk zemininde bir “meşruluk” sorunu doğar. O nedenle **de facto** iktidar zeminini kullanma ve kabul bulma, meşruluğu benimsenen programlara paralel davranma sorununu da getirir. Yaşamasını Anayasaya borçlu olan “kurulmuş iktidar yapılanması”nın da bir kurma işlevi yerine getirirken ( başka söylemle Anayasayı değiştirme hakkını kullanması), özellikle sert Anayasa olan 1982 metninin ilk üç maddesinin değişmezlik yasağının ebedi olmadığı, ancak toplumun zinde güçleri arasında çağdaş yaklaşımlar bazında bir oйдаřma zorunluluğunun da kaçınılmaz olduğuna vurgu yapmalıyız. Yoksa çoğunlukçu demokrasi yaklaşımında, matematik ispatı bulunmayan “çoğunluk kamu iyiliğini ister”

söylemiyle “milli irade her şeyi yapar” sonucuna ulaşma yanılığısına düşmek gereği vardır.

1982 Anayasasının değişmezlik kapsamına aldığı normların, eleştirilse de bugün AB Normunun (özellikle ulusalüstü AİHS’nin) birlik üyelerine pozitif yükümlülük getirdiği (md.1), dolayısıyla hukukumuzu programlamak istediği açık olup çağdaş anayasal devlet normları olarak değişmez çerçeveye alınan hükümlerin (demokratik, lâik, sosyal, hukuk devleti ) en ileri yaklaşımları simgelediği savunulabilir. Bilindiği gibi AİHS ile mevzuatımızda bir çatışma olursa, sözleşme hükümleri uygulanacaktır(md.90/son)

Belki resmi devlet ideolojisinin değişmezlik kapsamına alınması ( zaten Anayasa resmi ideolojiyi simgeler) eleştirilebilir; ama, Türk Devrimini oluşturan temelleri atan Birinci TBMM Kurucu İktidarının geleceğe dönük “muasır medeniyet” paradigmasını esas aldığı düşünülürse ya da Anayasanın okullarımızda ATATÜRK İLKELERİ diye okutulan ilkeleri esas aldığı varsayımı üzerinden hareket edilirse; ki, bu ilkelerin bugün ve gelecekte barışçı, çağdaş, pragmatik, akılcı, realist, bilimsel ve hümanist bir yol çizdiği ve hedeflenen muasır uygarlık üstüne çıkma yol haritasında kabul gören ilkeler olduğu görülebilir. Öyleyse kurma işlevi yapacak olan “kurulmuş iktidarın” anayasanın üstünlüğü olan hukuk devleti bağlamında uygulama yapmayı gözetmesi ve çağdaş uygulama örneklerini esas alarak ve ancak uzlaşarak toplumsal zinde güçlerle ileriye dönük anayasal değişimlere gidebilmelidir. Türkiye Cumhuriyeti Batı Demokrasisini(Anayasanın Başlangıçta ifade ettiği özgürlükçü demokrasi) esas alarak yapılandığına göre, türev iktidar, hukukun üstünlüğü ve uygar hukuk kurallarının gereği olarak her zaman anayasalandırma yapabilecektir. Kuşkusuz bunun yolu, yineleme pahasına eğer çoğulcu demokrasiyi seçmiş isek, uzlaşma kültürünü yoğunlaştırmadan geçecektir.

### **3- Karşılaştırmalı, Kurma İşlevli Sert Anayasal Hükümler ve Anılan**

#### **Anayasa Kurulu Taslağındaki Lâiklik Düzenlemesi Sorgusu**

Alman Anayasasının “**Anayasal İlkeler; Direnme Hakkı**” başlıklı madde 20/4. fıkrası, rejimin değiştirilemeyeceği öngörüsüyle, bizim Anayasa gibi katı bir yaklaşım sergiler: “**Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir olanağın bulunmaması durumunda tüm Almanlar’ın direniş hakkı mevcuttur**”(GG 20/4).

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Bu Anayasanın “**İnsan Onurunun Korunması**” başlıklı 1. maddesinin 3.bendi ise şöyledir: “**Aşağıdaki temel haklar (2-20.maddeler), doğrudan geçerli haklar olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar**”.

Özellikle “**her kimse**”, 18.maddede sayılan özgürlükleri (“düşünceleri açıklama, basın, eğitim, toplanma, birleşme, haberleşmelerin gizliliği, mülkiyet hakkı, sığınma hakkı”), “**özgür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla kötüye kullanılırsa**”; kötüye kullanan kişiler, Anayasa Mahkemesi kanalıyla sayılan bu özgürlüklerini kaybedebilir. Bizim Anayasa Mahkemesinin de bir bireyin özgürlüğünü kaybetmesi yönünde bir karar alma yetkisi olsa nasıl tepkiler alırdı ?

Mevcut Anayasamızın kuşkusuz içinde özgürlükler dahil “Anayasa kuralları herkesi bağlar” emrinin yanında, “değiştirilemez” yasağı getirilen ilk üç maddesinde de devletin düzeni çerçeveye alınırken 2.maddenin öngördüğü “**lâik**” sözcüğü tanımlanmamış ve uygulamada 24.madde ile diğer ilgili hükümler bağlamında yüksek mahkemelerce işlenmiştir.

Almanya’da vurgulanan temel hak ve özgürlükler kataoloğunun yasama, yürütme ve yargı makamlarını bağladığı gibi, ülkemizde de Anayasa kuralları ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Anayasa bütünlüğü kapsamında, yasama, yürütme, yargı makamlarını ve herkesi bağladığı (md.11,138,153/son) açıktır. “**Bağlar**” sözcüğü, kuşkusuz ölçü normları içerir. Bu bağlamda bir hukuk devletinde normlar kademelenmesinde Anayasa, pramidin en üstünde olduğu ve altında bulunan tüm kuralları programladığına göre, yasamanın kural koymadaki tüm girişimleri ( yasama bağımsızlığı ), ancak Anayasaya uygun bir biçimde gerçekleştirilebilir. O kadar ki, türev iktidar Anayasaya uygun olmak koşuluyla kural koyabilir ve bağımsızdır. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre ( ki, yabancı Anayasa Mahkemeleri de örneklenebilir), iptal olunan bir yasa veya bazı hükümlerini, yasama yeniden aynı doğrultuda çıkaramaz. Dolayısıyla türev iktidar, Anayasa değiştirirken Anayasanın değiştirilmesi önerilemez maddeleri dışındaki maddelerinin değiştirilmesinde dahi yapabileceği bir değişimle, ilk üç maddenin kurduğu anayasal düzeni dolayısıyla değiştirici boyutlar üretemez.

**Hazırlattırılan Anayasa Önerisinin “Lâiklik” değişikliğine gelince:** Lâiklik, Türk Devriminin temel harcıdır. Son 200 yıldır önemli tartışma konusu olmuştur. Çünkü temel çıkış noktası bazında “**Doğu, inanıyorum o halde varım; Batı, düşünüyorum o halde varım**” karşılaştırması, sorunun ne denli



önem taşıdığını göstermektedir. Kuşkusuz her iki felsefe taşı önemlidir. Ama düşünce pınarı şiddetten arındırılmış bir biçimde hep açık tutulmalıdır gerçeği de çok önemlidir.

Anayasanın mevcut 24.madde düzenlemesi, 14.maddeye yollama yapmakta, oysa **kurul önerisi** bu yollama fikrasi (md.14/2) kaldırmaktadır. Bilindiği gibi bu madde **hakların kötüye kullanılmamasını** saptamaktadır. Kötüye kullanılmama nedir?

Kuşkusuz Anayasanın II. Kısım Genel Hükümler başlığında 14.maddenin yapmak istediği<sup>5</sup>, anayasanın kurduğu devlet düzeninin Cumhuriyet kazanımlarını (üniter devlet, lâik Cumhuriyeti... gibi) güvenceye bağlamaktır. Öneride “gereksiz tekrar” diye 2.fıkraya yapılan yollamanın kaldırılmasıyla 13.maddenin vurgu yaptığı “...**yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... kanunla sınırlanabilir**” maddesini dikkate alınmadığı görülebilir. Oysa Anayasanın adı geçen II. Kısım Genel Hükümleri, 1961 Anayasası döneminde özgürlüklerin **genel ve özel sınırlama sebepleri** tartışmasını ürettiği düşünülürse, taslak sadece özel sınırlama sebeplerini dikkate almış ve “**hakların kötüye kullanılmaması**” için 24.maddenin yaptığı yollamayı dışlamış, devletin düzenine yönelik kazanımların etkin biçimde korunması yolunu kapamıştır.

Önerinin 2.fikrasi ‘**din hürriyeti**’ mutlak olarak yansıtılken, 3.fikrasi bu özgürlüğün sınırlı boyutuna vurgu yapılmakta ve bu alandaki sınırlamaların AİHS kapsamına alındığı belirtilmektedir. Yollama yapılan 14.maddedeki “**demokratik ve lâik Cumhuriyet**” ibaresi için, AİHM Kararında, yüksek mahkemelerimizin “**lâik cumhuriyet**” (devlet) tanımlamalarına yollama yaptığı unutulmamalıdır.

İktidarın hazırlattığı Anayasa Taslağı Hazırlama Kurulu; Taslağın sınırlama boyutunu Sözleşme hükümlerine göre değerlendirdiğini yansıtırken; **çoğunlukçu demokrasi** uygulama olanaklarına kavuşan bir parlamentonun dini siyasallaştırması yönünde adam atması durumunu Sözleşmeye havale etmektedir .

Devletin dini olmadığı varsayımı, kamusal alanda eşitlik ve lâiklik ilkelerinin uygulanması, “**lâik Cumhuriyet**” deyimini içerir. Lâik Cumhuriyet deyimini çıkarıldığına göre, vatandaşların din ve vicdan özgürlüğünü kullanır-

<sup>5</sup> MEMİŞ, *Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, Anayasa Hukuku Notları*, Filiz Kitabevi,2009, s.255.



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

ken örneklenebilecek bazı aşırılıklara kaçması durumunda (kötüye kullanma), çoğunlukçu demokrasi anlayışına dayanarak oligarşik uygulamaya sapabilecek herhangi bir iktidar, kamu düzeni, genel ahlâk gibi bazı soyut kavramları kendine göre uygulamaya başlayabilir.

14.maddenin yaklaşımı, vatandaşların din ve vicdan özgürlüğünü kullanırken demokratik ve lâik cumhuriyeti, üniter devleti ortadan kaldırma kastına yönelik faaliyetleri ( ‘mevcut ve yakın tehlike’ / present and danger ) amaçlayamayacağı, amaçlarsa bunun kötüye kullanma yaptırımına bağlı olacağını yansıtmaktadır. Yapılan yollamanın kaldırılması, en azından kasıtlı davrananların yolunu gevşetmeyecek midir?.

Dikkat edilirse, bir özgürlüğün öze dokunmadan Anayasanın ilgili maddesinin saptadığı sebebe dayalı sınırlanması ( Ki: 14.maddeye yapılan yollama(md.83,24 /2) çıkarılırsa ve sınırlama AİHS’nin kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlâk gibi soyut kavramlarına bırakılırsa), en azından kuramda iktidarların kimisinin gün gelir kendine özgü anlayışlarına göre Cumhuriyetin kazanımlarının korunmasını zayıflatabileceği varsayımı bile kuşku doğurabilir.

Her ne kadar taslak öneride devletin temel düzenini din kurallarına dayandırma, dini istismar etme yasaklanıyorsa da 1961 Anayasasından başlayarak “hakların kötüye kullanılmaması” eğrisinde; 14.madde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması serbestliğini esas alırken, bunlardan sert çekirdekli din ve vicdan özgürlüğünün de “**lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler**” biçiminde kullanılması yasaklanmaktadır. Bunun gereksiz tekrar olduğunu söylemek (Ki: Batıdaki ve bizdeki değişik sert lâiklik anlayışları dikkate alınırsa- akla dayalı pozitivist görüş ve bu görüşü reddetme tartışmaları), toplumsal yaşamın sosyolojisini, sosyo politik yapısını ve gerçeklerini de dikkate almamak demektir. Bu yasağın kalkması, düzeni saptırmayı kolaylaştırmayacak mıdır? Diğer yaklaşımla toplumda yarışan anlayışların dengesi nasıl kurulacaktır? Bu dengeyi çağdaş doğru veriler üzerine kurmalıdır.

Özgürlük kuraldır anlayışı esas olmakla birlikte, AİHS 9.maddesi 2.fikrasında “**Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlâkın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu ön-**

**lemlerle veya kanunla sınırlanabilir”** formülü ile özgürlükleri sınırlama ölçütleri (sınırlamanın sınırları) sıralanmıştır.

Onay verdiğimiz AİHS bazında devlete bir hakkın veya özgürlüğün kötüye kullanılması durumunda (yineleme pahasına kamu düzeni, ulusal güvenlik... gibi) devletin sınırlamalar getirebileceği esası unutulmamalıdır. Dikkat edilirse Avrupa normu, üzerinde ittifak edilen sınırlama parametrelerini saymıştır. Ancak vurguladığım gibi özgürlük esas, sınırlama istisna olmalıdır bakış açısının baz alındığı da başka bir olgudur.

#### **4-Kurma İşlevli Anayasanın Üstünlüğü, Lâikliğin Pozitif Temelleri, Bazı Saptamalar, Mahkeme Yaklaşımları**

##### **a) Anayasanın üstünlüğü ve mahkeme yaklaşımları**

Anayasanın üstünlüğü, devletlerin hukuk düzeni içerisinde Anayasalarının en üst hukuk kurallarını simgelemesi demektir. Bu tanımlama, hukuk devletinin kurallar kademelenmesi – hiyerarşisi parametresini gösterir. Başka anlatımla, diğer hukuk kuralları Anayasaya uygun olmak zorunluluğundadır. Böyle olunca milli iradeyi simgeleyen Meclisin yaptığı kanunlar ve diğer kurallar, Anayasanın üstünlüğü esasına ters düşünce bir denetim mekanizmasına gereksinim vardır. Yani millet iradesine uygun davranıp davranmama olgusu. Tarihsel gelişim çizgisi, tüm kurumların denetim gereğini anayasanın üstünlüğü ilkesinde somutlaştırır. Öyleyse olması gereken esas, Meclisin milletin iradesine uygun davranmasının sağlanmasında, meclisin üstünlüğü esasından Anayasa Mahkemelerini üreten anayasanın üstünlüğüne ulaşma dönüşümüdür. .

Anayasaların üstünlüğün birinci anlamı, Anayasa kurallarının genel bağlayıcılığıdır. İkinci anlamı, Anayasa normatif değer bazında tüm hukuksal işlemlerden üstündür. İşte Anayasanın üstünlüğü, katı anayasa ve Anayasaya uygunluk denetimi koşullarını içermektedir.

Yukarıdan beri belirttiklerimizin ışığında konumuz olmasa da analizleri sürdürürsek ve sosyo - politik açıdan baktığımız zaman, yazıldığı gibi geriye doğru on yıllarda “türban söylemi” savunması sırasıyla “bayrak”, “namus ve iffetin korunması”, “özgürlük”, “özgürleştirme” savunması gibi sloganlarla izlenebilir. “**Dindarlığın siyasallaşmasından, siyasallaşmanın dinselleşmesine**” yöneldiğini vurgulayanlar da hatırlanmalı. Bu gelişmeye “**modern mahrem**” tanımlaması da yapılıp ve demokrasi-özgürlük eksenine dayanarak

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

bir “**kamusal dinsellik kimliği**” kazanılmak istendi, denebilir. Oysa “türban bir özgürlük sorunu değil, bir dinsel emir gereğiydi” itirazları da öne çıkmaktadır. Sorulduğunda “inancım gereği örtüyorum” yanıtları da durumu gösterebilir.

Ancak din olgusu bağlamında ortada sosyolojik bir kördüğüm olduğu da söylenmeli. Bilindiği gibi son halk oylamasında, yarışan partilerin sert tartışmalarına karşın bu kördüğümü birlikte uzlaşmayla çözmeyi dillendirmeleri, en azından çoğulcu demokrasi yaklaşımına ulaşıldığı izlenimini veriyordu. Oysa medyadaki tartışmalar, kördüğümün zorluğunu bir daha göstermektedir.

12 Eylül Darbesi sonrası, unutamadığım gözlemlerinden birisi; Almanya’da Alman eğitim müdürleriyle yapılan “başörtüsü” konulu toplantıya katıldığımda; yoğun bir biçimde sordukları başörtüsü takmanın nedenini anlatmamı bir türlü anlamak istememeleriydi. Yine Trabzon Hükümet Konağı önünde şimdi yerinde olmayan “Bahçeli Kahve” adıyla bilinen ve genellikle öğretmenlerin itibar ettiği bir kahvede geçen iki gözlemim den birisi; bir Alman turisti kadının kahvenin sokağa açık duran kapısından başını içeri sokarak bakarken yardımcı olmamı söylediğimde; “Burada niçin kadınlar yok?” sorusu; diğeri, yine daha önceki yıllarda bir Ramazan günü sigara içerek giden benim de tanıdığım bir deliye, hızla yan masadan kalkan zayıf uzun boylu tanımadığım bir adamın koşarak neden sigara içiyorsun diye sert bir tokat vurmasıydı. Ve bu gözlemler, sosyopolitik idi.

Günümüzde artık bazı illerimizde en azından okuyan başörtülü kızlarımızın kahvelerde oturmaya başladığı bir “vakıa”dır. Ne var ki, biz hukukçular, elimizdeki mevzuatlarla hukuki üretim ve hukuk felsefesi düzleminde görev yapmaktayız.

Gerçekten “**din ve vicdan özgürlüğü**” hukuk plânında çok önemli bir özgürlüktür. Ama bunun çeşitli inançlarla eşit mesafeli olmasının gözetilmesi gerekiyordu. Ve uygarlık, dinlerin değişmezlik zorunluluğundan dolayı bu özgürlüğü sadece bir vicdan işi olarak kalması esasını benimsiyordu. Diyelim ki, Müslüman bir annenin çocuğu, lâik bir ülkede hristiyan çocukların okuduğu bir okula gitmek zorunda kalmıştır. Ancak sınıfta “haç” simgesi bulunmaktadır. Müslüman anne başka bir dinin baskısını çocuğu üzerinden kaldırtmak için bu simgenin kaldırılmasını talep edebilir. Sanırım Batı hukuku bu talebi dikkate alacaktır ve pratikte Almanya’da benzer durum yaşanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1993 tarihli kararında mevcut anayasal sistemimizdeki lâik devlet tutumunu şöyle vurgular: “Yüksek öğrenimini lâik bir üniversitede yapmak isteyen bir öğrenci, farklı inanç guruplarına ait öğrencileri bir arada uyum içinde tutmayı sağlamak amacıyla (Sözleşme 9/2’de benimsenen) dinsel inançlarını dışa vurma özgürlüğüne yer ve biçim yönünden sınırlama getiren kurallara uymayı taahhüt eder... Lâik üniversiteler öğrencilerin kıyafetlerine ilişkin kuralları koyarken, bazı köktendinci dini hareketlerin üniversitelerde kamu düzenini bozmasını ve diğer öğrencilerin inançları üzerinde dolaylı da olsa baskı yapılmasını sağlamak ister”.

Yakın tarihli başka bir kararında ise, “Lâiklik bireyleri dış baskıdan korur. Bu değerleri korumak için bireylerin dinsel inançlarını dışa vurmalarına sınırlama getirebilir... Türkiye bağlamında türban takma zorunlu dinsel görev gibi sunulabilmekte ve bunu takmayı tercih etmeyenler üzerinde baskı oluşturulabilmektedir... kamu düzeninin sağlanabilmesi için sınırlama getirilebilir”.

Türk Anayasa Mahkemesinin şu tanımı da Avrupa İçtihadıyla örtüşmektedir: “Birlikte çalışmalar yapanların kardeşlikleri, arkadaşlıkları, dayanışmaları yarınları için bile gerekli iken, onları dinsel gereklerle ayırmak, kanunla hangi inançtan olduğunu bir işaretle belli etmek, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önler; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açar... Vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir.”

Ve bilindiği üzere İnkılâp Kanunlarından “Bazı KİSVELERİN giyilemeyeceği...” Kanunundaki (md.174/son) “kisve”nin, türban veya başörtüsü sözcüklerini de kapsadığı savunulabilir. Üstelik Anayasanın “İnkılâp Kanunlarının Korunması” başlıklı 174.maddesinin “Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz” hükmü, 2.maddesi çekim alanına giren yasaklama emrini vermektedir.

Bilindiği üzere, giyim konusu 1960 lı yıllardan sonra alevlenir. Özellikle “başörtüsü” konusu ve “kamusal alan” tartışması çeşitli biçimlerde günümüze değin süregelir.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Gerçek bir demokrasi kurabilmek için ilk kez 1961 Anayasası ile hukuk devleti ilkesini güvence altına koyan organik bir yapı kurulur. Bu durum, 1982 Anayasasında **değişmesi dahi önerilemeyen ilk üç madde ve bunların dayandırıldığı Başlangıç kısmı** ile de desteklenerek genişletme yasağı öngörülür. Bundan böyle hukuk devleti ilkesi demokratik ve lâik(=layik) cumhuriyetin güvencesi ve gerçekleştirme aracı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, gelişimi şöyle vurgular: “**Çağdaş Anayasalar, kendilerini ... İstenmeyen ve uygun olmayan değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçmişler ve sonunda sağlamayı başarmışlardır...(K)lasik demokrasiden daha ayrımlı bir sisteme sahip olan Anayasayı yasama organının kendisine ve daha açık bir deyimle çoğunluğun baskısına karşı koruyacak hükümlere ve kurumlara da yer verilmiş bulunmasıdır... Cumhuriyetin... onu, temelinden sarsacak tutum ve davranışlara karşı... kuvvetli anayasal ilke ve güvencelere ve hukuksal kurallara bağlanma zorunluluğunun doğurduğu gereksinimlerin kaçınılmaz bir sonucu olmuştur**”.

Demokrasi ve Lâiklik kavramlarını aynı süreçte ve evrede aynı sonuçları üretebilmek için birlikte gelişim kaydettikleri gözlenebilir.

**Anayasal sistemimizin içerdiği hukuki-nesnel altyapıya** bakarak lâiklik ilkesinin anlamlarını vurgulayabiliriz: **1-** Kişilerin dinsel inançlarından ötürü kınanmaması, farklı muamelelere bağlı kılınmaması(md.24/3), **2-** Din ve devlet işlerinin ayrılması, diğer ifadeyle dinin devlet işlerine karıştırlmaması (md.24/son), **3-** Anayasamızın 14.maddesindeki yasaklara aykırı düşmekle kaydıyla ibadet yapabilme ve ibadet yapmaya zorlanmama, başka anlamıyla 24.maddenin birinci fıkrası emrine ve 14.maddeye aykırı olmama koşulu ile din ve vicdan özgürlüğü alanı çizilmiştir.

Cumhuriyetin niteliklerini belirten 2.madde gerekçesinde “**Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik ise, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tabi kılınmaması anlamına gelir**” tanımı yapılmakta, bir simge olduğu vurgulanan ve inançlarından dolayı üniversitede türban “kisvesini” takmak isteyen öğrencilerin dinsel istemleri uygulanırsa (yasalaşırsa) bu kez anayasa ile diğer öğrenciler bağlamında farklı bir “muameleye” tabi tutulma söz konusu olacaktır, itirazları yapılmıştır.

Hiç kuşkusuz sorunun düşünsel çatışmalara neden olması, çözümün demokratik uzlaşma seçeneğini davet etmektedir. “Demokratik meşruiyet içinde çare tükenmez”.

**b) Anayasamızda lâik devletin pozitif temelleri ve bazı saptamalar**

**(a) Lâikliğin anayasal pozitif dayanak noktaları**

“Din ve inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin... başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir”(AİHS, 9/2).

“Türkiye Cumhuriyeti... Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan... lâik... hukuk devletidir”(md.2).

“Hiçbir faaliyetin... lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı...”(Başlangıç/ 5 ).

“Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten BAŞLANGIÇ kısmı, Anayasa metnine dahildir”(md.176).

“Temel hak ve hürriyetler... demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”(md.13).

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri... lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanamaz”(md.14)

Anayasanın “1 inci... 2 nci... 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” (md.4).

“Siyasi partilerin tüzük ve programları ve eylemleri... lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz... herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz”(md.68/4). Bu hüküm karşısında “mağduriyeti giderme” deyimiyile gizlenen parti eylemleri bir “yerleştirmeyi” içermez mi?

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri... demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmaz”(md.14/1).

“Kimse Devletin... temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırmak, veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlamak ama-

cıyla her ne surette olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istimir edemez ve kötüye kullanamaz”(md.24/5).

“Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, lâiklik ilkesi doğrultusunda... milletçe dayanışma ve bütünlüğü amaç edinerek... görevleri yerine getirir”(md.136).

(b) Bazı saptamalar

24.maddenin 5.fıkrası ve 2.maddenin yollama yaptığı Başlangıç fıkrası, 4.maddenin değişmezlik ve öneri yasağı, yukarıya aldığım diğer maddeler bırakınız mahkeme kararlarını, mutlak dini emirle örtünme isteminin anayasaya konmasının pozitif hukuk bağlamında olanaksız olduğunu gösteren hükümler adeta bir set oluşturmaktadır.

Ancak gerek Anayasamız (md.24) ve gerekse AİHS (md.9) , “**din veya inancını açıklama özgürlüğünü**” öngördüğüne göre bu özgürlüğün görmezden gelinemeyeceğı de açıktır. Sanıyorum sorun demokrasinin lâiklik temelini zedeleyecek bir inanç “modus’unu” baskı hali durumundan nasıl çıkarılacağı sorunudur. Başka söylemle inancını yaşarken birliğı bozmayacaksın ve hemcinslerine baskı yapmayacaksın(“**Birlik içinde çeşitlilik; çeşitlilik içinde birlik**”).

Peki demokrasi isteyen halk, “birlik” ve ne istediğini bilinçli bir biçimde algılayabiliyor muydu? Ortak bir akılda “akıl yolu bir” ise neden birleşilemiyordu? Toplumun güdülerine, yön veren dinamiklerine akıl veya duygular mı, yoksa her ikisi mi egemendi? Demokrasi isteğimiz bağlamında beklediğimiz kamu yararının dayanağı, toplum, birey ya da her ikisi mi olacak? Demokrasi önceliğı ve ölçeğı, nicelik veya nitelik miydi? Oy sandığı, seçimi mi veya “sayımı” mı simgeler? Demokrasinin kusurları yok muydu? Dahası iletişim devriminin (The Communication Revolution’s) üreteceğı “Dünya köyü” algısıyla medya kritik tablosunun yansıttığı ‘küresel dünya’ ve ‘bilgi toplumu’ kavramları söylemde kaldı ve oluşan tepkiler “medeniyetler çatışması” teziyle yansırken dinlerin dönüşü ve dinlerin yükselişine tanık olunmaya başlandı. Kuşkusuz **küreselleşme** kapitalist rüyaları, demokratik idareleri (yürütmeyi) nesnel koşullar bağlamında yasama ve yargı erklerine karşı güçlendirme yoluna girer. Bilgisayarlar insandan akıllı olmayınca, onları kullanamayan insanlar kullanılma tablosuna yerleştirilir oldu. Dünyanın küreselleşme periyodunda umutlar gerçekleşmeyince ve dine dönüşümler hızlanınca, Batının ürettiğı ve bizim de esas aldığımız lâiklik eksenini özgürlük adına sarsılmaya başladı.

Son halk oylaması oranları (%58 - %42), demokrasi bazında gelişimler kaydedildiği anlamına gelebilir. Tarihsel gelişime baktığımızda devlet, din ve bilim üçgeninin köşelerinden inen çizgilerin oluşturacağı yeni düzlemin arakesitini; idarenin bütünlüğü (md.123) bazında benimsenebilir özgürlük-özerklik - lâiklik ivmeleriyle çizebileceğimizi ve güvenceli çözüm üretebileceğimizi savunmak olası görülebilir.

Devlet-din çatışmasında dinsel devlet yapılanması yerini lâik devlet “modus’na” bırakınca, din devlet işlerinden soyutlandı ama doğa olaylarına karşı zayıf kalan insanları en çok etkileyen Tanrı inancı, din(inanç) özgürlüğü biçimiyle felsefenin yılmaz konularından birini oluşturur. Tarihte yüz yıl, otuz yıl Haçlı Savaşları fenomenine bakarsanız (arka plan kapitalizme dayansa da) insanın olduğu her yerde, dinin ne denli insansal bir derinlik olduğunu söyleyebilirsiniz. Dolayısıyla günümüzde din ve vicdan özgürlüğünün korunması olayının garantisinin lâiklik ilkesi olduğunu anlamak güç görünmemektedir.

Soruna özgürlük bağlamında baktığımız zaman, köktendinci inanış biçimlerinin üreteceği baskıları hukuk bazında sınırlama zorunluluğu vardır. İncanım gereği diye takıyorum denilen ve simge olarak itiraz olunan “türbanın”, kadın-erkek eşitliği (ki, kadınların 1789 Fransız Devrimiyle vatan-daş sayıldıkları düşünülürse),pozitif ayrımcılık yasağı, ücret eşitliği, kadınların her alanda çalışabilmesi, yaşama katılması... gibi durumlarda inanışlara oluşturabileceği baskıların gelinen noktada nütürleştirilmesi üzerinde “toplumsal mutabakat” sağlanması; Anayasamızın, AİHS’nin öngördüğü hakları “kötüye kullanmama” anlayışının yerleşmesi dengesinde mevzuatı gözden geçirmekle uzlaşma sağlanabilir. Örneğin üniversite özerkliği-özgür üniversite projesi yaşam bulmalıdır. Başka ifadeyle insan hakları belgelerinde yer alan inanışlara özgürlük sağlanırken lâik devlet projesini zedelemeyecek den-gelerin kurulması, gerçekten dinlerin ya da inanışların özgürlüğünün sağlanması için gerekir.

### **(c ) Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı**

1982 Anayasası katı ve kazüistik niteliklidir. Katı anayasa (1,2,3.maddelerin değiştirme ve genişletme yasağı), “**şekli anlamda anayasayla eş anlam taşıma**” anlamına gelir. Bu cümleden olarak, değişmez maddelere aykırılık üretecek başka madde değişimleri, Anayasa Mahkemesince “**şekil dene-timi**” olarak ele alınabilir. Bunun nedeni, değişmez maddelerin içeriğinin değiştirilebilir madde hükümleriyle dolaylı olarak değiştirebilmedir. Yasamaca,



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

çıkarılan Anayasa değişiklik önerilerinin anayasaca sadece “**şekil denetimi-**ne” bağlı kılınması; türev iktidarın Anayasanın izin verdiği Anayasa değişikliklerinin esas denetimine değil; sadece “**şekil denetimine**” bağlamasıdır. şu var ki, yasama gerekli koşullara uyarak Anayasa değişikliğine gittiğinde, değişmezlik yasağı bildirilen maddelerin değişimi doğrudan veya dolaylı bir biçimde değiştirilirse, Anayasayı korumakla görevli yüksek mahkeme ( Ki: Temel yetki ve görev, çıkarılan yasaların anayasaya uygunluğunu test etme değil midir?) bu durumu görmezden gelebilir mi?. Aksi takdirde değişiklik önerisi yasağı konan maddelerin (eskilerin deyişiyle ) “kıymeti harbiyesi” nerede kalır?

Anayasa Mahkemesi yetmişli yılların ortasında,”**değiştirilemez**” hükümü bağlamında, sadece şekil değil, esas denetimi yapabileceğini kararlaştırmıştır. Bu yaklaşım bugün de sürmektedir: Eğer değiştirilemez yasağı konan maddeler, Anayasa değişiklikleriyle içi boşaltılırsa,yüksek mahkeme kendini esas denetimi yapmada yetkili sayıyor. Kaldı ki, katı Anayasa kuralı şekli Anayasa fikrini de içermektedir.

Bu İçtihadı ortadan kaldırma girişimi getirdiği çözüm doğrultusunda olabilir ve bir değişme yapmaya yönelme, erkler ayrılığına ters düşer.

Meclisin üstünlüğü değil, hukuk devleti orjiniyle anayasanın üstünlüğü esas alınmalıdır.

1924 Anayasası “**çoğunlukçu demokrasi**” anlayışını getirmiş, meclis her şeyi yapar anlayışı bir hukuki yanılığı üretmiştir: **Çoğunlukçu diktası**. Bu durum, erkler ayrılığı bazında ulus adına yetki kullanan yüksek mahkemenin (içtihadını kaldırmak isterseniz) işlevini kırar.

Üstelik 42.madde anayasal serbestliği ve yasada sınırlama ilkesini saptarken, sınırlama maddesi(md.13) bağlamında yapılmak istenen sınırlamanın sebeplerinin açıkça konulması gerekir. Bunun anlamı, sınırlamayı yapma tamamen yasamanın keyfine bırakılmış olmaktadır. Bir hukuk devletinde “**di- rektif veren Anayasa**” kavramına aykırı davranılamaz..

Esasen yasamanın genelliği ilkesine göre, yasama her türlü alanı düzenleyebilir ama bunun koşulu, Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine aykırılı olmama koşuludur. Dolayısıyla burada, anayasanın koyduğu düzeni ve lâik devleti bozacak girişimler, ağır sakatlık oluşturur. Bunun idari yargıda kullanılan kavramların Anayasa yargısında kullanılabileceğinin yazıldığı üzere, ka-

nunlarda olduğu gibi (anayasa da bir kanun) hükümsüz olacağı, teknik anlamıyla “yoklukla malül” olacağı savunulabilir. Mahkemeler yokluğu saptayabilir. Çünkü yasamanın öneri yasağı bağlamında bir “**yetki saptırması (usul saptırması)**” kullandığı söylenebilir. Yetki kullanımını kamu düzeninden olup onu geniş yorumlayıp uygulama olanağı yoktur. Yetkisiz bir yerin aldığı kararın sonradan yetkili makamlarca benimsenmesi, yapılan değişimi sağlıklı kılmaz. Anayasanın önerilmesini bile yasaklayan değişmezlik kapsamını (değişmezlik yöntemini) başka bir işlem yapma (hüküm koyma) yönünde kullanırsanız buna “usul saptırması = yöntem saptırması” da denir. “**Yöntem saptırması**”, yetki saptırmasının bir türü olarak görülmektedir. Böyle bir durumda yasamanın “**maksada aykırılık**” unsurunu dikkate almadığı için sonucu iptal beklemektedir. Esasen anayasanın üstünlüğü bazında yasamanın görev alanına girmeyen (rejimin temelini değiştirmeye yol açabilecek durum...) anayasa değişimi girişiminin(görev alanına girmeyen bir konuda karar alma) bir “**görev gaspı**” olduğu da vurgulanabilir.

Anayasa taslak önerisini hazırlayan kurulun başkanın dediği gibi de başka maddelere de özel hükümler koyma genel hükümler önünde uygulanamaz. Çünkü bir yasağın mutlaklığının Başlangıç kısmına dayandırılması söz konusudur. Ve yasama bazı konularda örneğin “lâiklik” mevzuatta tanımlanmamışsa (aşağıdaki hüküm ‘lâiklik ilkesi’ diyor)doğal olarak son sözü yargı söyleyecektir. Yargıç mevzuatın ağızıyla konuşmak zorundadır. Üstelik somutlaştırma yaparken de hukuk dili bağlamında sonuca gidecektir. Örneğin “Anayasa değişikliklerini yalnızca şekil bakımından denetler” emrini veren Anayasa yapımıcısının bir başka koyduğu kuralla kendisi çiğner durum üretirse ne olacaktır? Federal Alman Anayasa Mahkemesi Anayasa kuralları çelişmesi hakkında bir karar vermiş ancak uygulamada esas denetimiyle bir Anayasa kuralı iptal etmiş değildir. Ama bizde esas denetimi içtihadının oluşturulduğu, sert yetki tartışmalarına sebep olmuş, olmaktadır. Hatta Anayasa Mahkemesinin son yapılandırılması girişimi, tepki biçimlenmesi yönünde gelişir. Ancak yüksek yargı, rejimin temelleri bazında Anayasa dinamiklerine uygun olarak tam veya mükemmel olmayan Anayasa kurallarını, “bütünlük” ilkesi bazında(yasamanın hukukun genel ilkelerine ve Anayasaya uyma karinesi) kanun koyucunun yerine girmeden somutlaştırabilmelidir.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> MEMİŞ, *Anayasaya Uygun Yorum*, ,s.54-56.

### 5- Katı Anayasanın şekli Anlamda Anayasayla Eş Anlamda Olması

Bu önemli kurum, Anayasa 136.maddede düzenlenmiş olup yukarıda yazılmıştır.

12 Eylül Halkoylaması propagandalarında uzun yıllardır yapılan “türban” tartişmasının yeniden sert tartişmalara neden olmasına Diyanet İşleri Başkanı da katılmıştır. Başkanın anılan Anayasa hükmünü hesaba katarak bazı açıklamalar yapması dikkat çekicidir:

“DİYANET papalık değildir. Bizim ibadeti arttırma, azaltma, modernleştirme gibi bir yetkimiz hiç olmadı. Sorun Diyanetin çizgisini yumuşatmakla çözülemez, siyasilere diyalogla özsün. Başörtüsü, yetişkin kadının dini vecibe olarak (14 asırdır) başını örtmesi olarak algılanmaktadır. Başını örtmeyen Müslüman değildir görüşünü kesinlikle reddettik. Başörtüsü müslümanlığın ön şartı olmamıştır. Bu dini vecibeyi din özgürlüğü konusu yapıp yapmama siyasi iradeye aittir. Başörtüsü Türk modernleşmesinin bir ayağı olmamalıdır... lâiklikle başörtüsü ele alınırsa en büyük haksızlığı lâikliğe yapmış oluruz. Sorunun özgürlük bağlamında ele alınması ve lâiklik bağlamında tartişılmaması bir şanstır. Bireysel özgürlüklerin çizgilerini belirlemek siyasetin işidir. Pozitif bir lâiklik anlayışından özgürlükçü bir lâiklik anlayışına geçmeyi aydın ve siyasetilerimiz tartişmalıdır. Mahalle baskısının hiçbir türüne izin veremeyiz. İslamiyet hiçbir ibadetin, davranışın zorla yapılmasına izin vermez...”<sup>7</sup>

Başkan BARDAKOğLU'nun görüşleri, AİHS madde 9/1.fikrası çerçevesinde çözüm getirirken 2.fikrayı da gözeterek bir bakışla lâiklik ilkesine zarar vermeden özgürlük temelinde uzlaşmacı bir çözüm sağlama yönünde olup tüm mesele dini inançların istismar edilmesini önleyici uzlaşmacı bir toplumsal denge kurmaktır. Çünkü gerek Anayasa gerek AİHS hükümleri özgürlükleri sınırlamanın sınırlarını çizmiştir. Bu bağlamda özgün bir kültür devrimi olan Cumhuriyeti kollama “fikri hür; vicdanı hür; irfanı hür” koruyuculara emanet edilirken, Türk Demokrasisi varlık gerekçesini kanımca da başka yerlerde araması gerekirken bir rejim sorunu olarak Cumhuriyete karşı algıladı. Bu tarihsel bir yanılığı yansıtır. Bu yanılığ devlet/din çatışmasını Lâiklik ilkesi düzleminde çatışmaya yöneltti. Herkes sınırları, koşulları ne olduğunu bilmeden demokrasi diyor. Seçim sandığı kutsallaştı. Darbeler arpık siyasetler üretti. Aklın yolu bir ama, yolcular ortak akla sahip değildi. Bir ortak akıl bulmalı. “Her neden bir dizi sonuç, her sonuç bir sürü nedendir”.Bunu uzlaş-

<sup>7</sup> CUMHURİYET, 16 Ekim 2010, s.6; Habertürk Gazetesi, s.19.

mayı başaracak olan yasama yapacaktır. Sistemlerin çalışamaz hale geldiği “kamakarışık”(complicato) Dünyada bilim artık neden-sonuç (illiyet rabitası) ilişkisi kurmakta zorlanır olmuştur. “Demokrasi, halkın -yalnız istediklerini yapmak değil- istemesi gerekenleri de yaratmaktadır.”<sup>8</sup>

Sanıyorum modernleşmenin yolunu tıkamayan, idarenin bütünlüğü bağlamında uzlaşmayı sağlayabilecek bir yol haritası üzerinde ittifak olunmalıdır.

Anayasanın sabitlenmiş 174. maddesi ise şöyledir: “**Anayasanın hiçbir hükmü... Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden... inkılâp kanunlarının, Anayasanın... yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz**”.

Bu Anayasa hükmüne bakılırsa, lâiklik niteliğini koruyucu olan hükmü koyabilmemiz için bu nitelikte uzlaşan bir siyasal irade gerekecektir. O zaman din/devlet/bilim üçgeninin keşişen köşelerinde güvenli çözüm ararken, “türbanı” bir siyaset aracı ve toplumun önünü tıkayan baskı aracı olma durumundan kurtarmalı. Bu nasıl olur? AİHS 9.maddesinde ifade edilen “**inancını açıklama özgürlüğü**” sayılan sebeplerle kötüye kullanılırsa bazı yaptırımları öngörmektedir. Burada asıl olan özgürlük / lâiklik keşişme eğrisinde(arakesitinde) buluşmayı sağlayacak olan siyasetin uzlaşma düzleminin nasıl tanımlanacağıdır? Eğer bir dinsel simge veya inanç başkalarında baskı üretiyorsa ya da son günlerde çok kullanılan “**mahalle baskısı**” oluşturuyorsa ancak o zaman yargıç somut olayı gözetme yoluna gidebilecektir ve karar oluşturacaktır.

Bu anayasal hükümler karşısında, Türk Kamu Hukukunda LÂİKLİK ilkesinin anayasal bir ayrıcalığa sahip kılındığının aksini iddia ve yorumlamaya kalkmak çok zor görünmektedir. Çünkü “lâiklik”, yargı kararlarında devletin resmi ideolojisi olarak işlenmiştir. Yakın zamanda “lâiklik” ilkesinin Anayasaya girmesinin kutlanması başka nasıl anlaşılabilir ki?

Anayasanın düzenleyici bir Anayasa kimliğiyle (toplum mühendisliği tezi) öne çıktığı açıkça görülmekte ve başka Anayasalara bakıldığında lâiklik ilkesine bu denli vurgu yapan bir Anayasa gösteremezsiniz. Bunun nedeni, kuşkusuz Osmanlı yapılanmasını oluşturan kurum ve kuruluşlar üstünde kurulan ulus devleti simgeleyen özgün Türk Devrimini(Türk aydınlanması ki, Berlin Duvarının yıkılmasıyla ulus devlet anlayışını yıkım projeleri işlenir-

<sup>8</sup> GÜVENÇ, “Türkiye:Nereden Nereye?..”,*Cumhuriyet*,16 Ekim 20.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

ken, bilim adamı Fukuyama'nın görüş değiştirerek yeniden ulus devlet olgusunu savunduğu hatırlanmalı, yaşanmaya devam eden Dünya krizini de ) ve onun temel dayanağı olan **Lâiklik** ilkesinin çağdaş uygarlığa götürecekle olan yolu yarmasıdır. Dolayısıyla lâiklik ilkesinin titiz bir biçimde işlenmesi, anayasalandırılması akla çok yakın durmaktadır. Hukuki araçlarla çalışma hukukunun asıl görevi olduğuna göre usul hep esası belirlemeye devam edecektir. Demek ki, Anayasa, Diyanet İşleri kurumunun işlevini, ülkede din işleri işlevini (Lâiklik ilkesi bağlamında) “bütünleşmeyi” amaç edinme olarak görev yapmayı öne çıkarmaktadır.

Peki, ama pozitif mevzuatta bu sonuçlara ulaşırken lâikliğin türban sorununa hapsedilmesi görüntüsü ve ürettiği çatışmanın çözümsüzlüğünden çözüme ulaşmada bir yol yok mudur?

### **6- İktidarın Hazırladığı Yeni Anayasa Değişiklik Metninin Meclisten Geçmesi ve Halkoyulamasına Sunulması**

#### **a) Halkoyulaması bir seçim “maksimi” mi?**

##### **(aa) Anayasal devlet mi? Anayasalı devlet mi?**

Gerilimli yasama müzakereleri arasında 3/5 oranlı (330-337 evet oylarıyla) sayılarla 26 Anayasa değişiklik maddesi yasamada onaylanınca, kanuna istenilen zorunlu referandum yolu açılır.

Anayasanın madde 175/ 4.fıkrası halkoyulamasını öngörür: “**Meclisçe üye tam sayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır**” .

Nihayet Cumhurbaşkanı sunulan anayasayı değiştirme kanunu birkaç gün incelemede kalır ve meclise iade edilmeden halkoyuna sunulmak için Resmi Gazetede yayımlanır.

Anayasa gelişimleri tarihimizde “**kırılma noktası**” olarak da değerlendirilen gerilimli anayasa değişikliği metninde kırılma tezi parti kapatma, Anayasa Mahkemesi ve HSYK kurumlarını yeniden yapılandırmayı öne çıkarmış ve yoğun çekişmelere eleştirilere neden olmuştur. Çünkü bu değişiklik yeniden 1924 Anayasasının çoğunlukçu demokrasi biçimine dönüş biçiminde alılanmaya başlar: Özetle millet ne derse o olur. Yani Rousseau'nun genel irade teorisi yaşam bulmalıdır. Ancak bu teori eleştirilir: Çoğunluğın iradesinin

kamu iyiliğini isteyeceği varsayımının matematik ispatı yoktur. Azınlığın isteği de kamu iyiliğini isteyebilir veya daha doğru istekler olarak benimsenebilir. Azınlığın istekleri de çoğunluğun istekleri gibi saygındır, saygın olabilir. İşte 1961 Anayasası gelişimi, Çoğunlukçu Demokrasi yaklaşımını kaldırarak ÇOĞULCU DEMOKRASİ yolunu uygulamaya koyar: “**Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır**” (md.6/2). Bu yeni düzenleme, 1924 metnine bir tepki biçimidir.

2010 YILINDA ve yoğun satışmalar altında yasamanın kabul ettiği son Anayasa değişiklik metni de bizzat 1982 metnine kırılma noktası oluşturabilecek (özellikle yargıyı yürütmenin emrine verecek maddeler bazında) bir tepki yaklaşımını sergiler.

Burada sorun kuşkusuz hukuk devleti tezini zedeleyen, yargı bağımsızlığını daha da kısıtlayan gelişim çizgisidir: Kuvvetler ayrılığı ilkesinden kuvvetler birliğine(=’tevhid-i kuvva’) kayma. Başka anlatımla mevcut yüksek yargının ifade ettiği üzere, yargıyı kuşatma söz konusudur tezinin savunulabilmesi ağır bastığı eleştirisi çoğunluk kazanmıştır.

Birinci başlıkta değindiğim Fransız Beyannamesinin 16.maddesi, anayasal devlet olmanın yolunu yargı bağımsızlığını sağlamak olarak yansıtmaktadır.

Yürütmenin kuşatmasına kaymaları içeren Anayasa ise, “anayasalı devlet” deyimini içermektedir. Oysa anayasal devlet hukukun üstünlüğünü, başka deyişle hukuk devleti modelini simgeler. Çağın devleti, özellikle Helsinki metninin öngördüğü “hukukun üstünlüğü” ilkesine dayanmaktadır. Meclisten geçen son yargı yapılandırması, yürütmenin iki başının inisiyatifine, son analizle yürütmenin denetimine giren dayanakları ön gördüğünden (Montesquie yaklaşımının da dikkate alınmadığı), daha doğrusu erkler ayrılığı tezinin artık dünyada aşınma örneklerine sahne olduğu da gözlenir olmuştur.

**(bb) HSYK yapılandırılması yargı bağımsızlığını gerçekleştirebilecek mi?**

**Halkoylaması bir seçim mi?**

Esasen yasamanın (yürütmenin) egemen bir biçimde, kendine özgü olarak ürettiği anayasayı değiştirme maddelerinden ( parti kapatma maddesi düş-tü) iki madde, HSYK ve Anayasa Mahkemesini yeniden yapılandırma yaklaşımları mevcut anayasa düzenlemelerine kuramsal bazda açık aykırılıklar içerdiği söylenebilir. Bir kez 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun **çoğunlukçu**

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

**demokrasi** anlayışına geri dönme izlenimleri, **çoğulcu demokrasiye** geçişe tepki olarak gözlenmektedir. Çünkü asıl olan hukukun üstünlüğünü amaçlayan Avrupa standardına (Venedik kriterleri, Avrupa Hakim ve Savcılar Kurumunun yargı bağımsızlığı tanımlamaları ne diyor?) yönelik değişiklikler yapmadır. Örneğin HSYK yapılandırmasında yargıcın yargılanmasının adalet bakanının iznine veya oluruna bağlı kılınması, HSYK Kurulu Kararlarıyla hakim ve savcılara verilen disiplin cezalarında (ihraç hariç) yargıya başvuru yaşağı, son değişiklikle kendisine “kurul başkanı” ve “temsil” yetkisi verilen taraflı bir bakanın kurul başkanı olması nedeniyle kurul kararları için “olur” vermesi olayı yargı bağımsızlığıyla bağdaşmaz. Muhtemelen yeni HSYK Kanununda da 7 disiplin cezasından biri olan “yer değiştirme” baskısını her an hissedilen bir yargıcın ruh hali nicedir? Yargıçları dinleme sorunu bile eğer yargıçlarda bir kuşkuya neden oluyorsa, bu kuşku bile yargı bağımsızlığını zedeler. Dolayısıyla HSYK düzenlemesi (yargıçlara yön verme bazında) taraflı bakanın egemenliğiyle, kaşıkla verileni bir anda kepçe ile boşaltılmaya dönebilme olasılığı varsayımı savunulabilir.

Bir-iki örnek vererek yapılan düzenlemelerin aykırılığını görmek olasıdır: Anayasanın 67. maddesi son fıkrası; Seçim Kanunlarında yapılacak değişiklerin, “**yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz**” hükmü yanında; “**anayasa değişikliğinin halkoylanmasına sunulmasına dair**” yasa; “**Oylama, Meclisten geçen metnin Resmi Gazetede yayımlanmasından 120 gün sonraki Pazar günü yapılır**” hükmündeki süreyi, 60 gün sonra yapılır şekline dönüştürür. Buradaki amaç, değişiklik kanunu hakkında Anayasaya uygunluk denetimi yapılması olasılığını “**oldubittiye**” getirme olarak algılanabilir. Ancak bu durum yasamanın Anayasayı dikkate alma görevini dışlar gözükmektedir. Üstelik Seçim Kanunu (Sayı 298) birinci maddesi, “**Özel kanunlarına göre yapılacak... seçimlerinde ve Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyuna sunulmasında bu kanun hükümleri uygulanır**” emredici hükmü da dikkate alınmamıştır.

Yine anayasanın 67.maddesi 2.fikrasındaki “**seçimler ve halk oylaması**, serbest, açık, gizli, tek dereceli... açık sayım ve döküm esaslarına göre... **yapılır**” hükmü, yukarıda “**halk oylaması**” sözcüğünün geçtiği hükümler birlikte okunduğunda ( Ki: Anayasanın SEÇİM maddesi gerekçesinde **halkoylanması** da dikkate alınarak, seçim maddesine “**halkoylanması**” sözcüğünün eklendiği vurgulanır) HALKOYLAMASINA gitme olayı da SEÇİM olgusunun içine sokulmaktadır.



Anayasanın 175.maddesinin başlığı, “Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma” olduğuna göre, Halkoylaması olayında da SEÇMEN vardır ve “evet”, “hayır” değerlendirmelerinden birini seçmesi istenmektedir. Sonuçta bir seçme olgusu asıldır. Milletvekili seçimleri de halkın oyuna başvuru değil midir?

Esasen son anayasa değişikliğini halk oylaması temelinde iktidar kendi eğilimini meşrulaştırma yolunu aramaktadır denebilir. Eğer iktidar, halk oylamasının kendi lehine dönüşeceğini düşünüyorsa (parlamentoda sorunu çözemediği ve uzlaşma sağlayamadığı için) halk oylamasını denemek yoluna gidebilir. Bu yola gitmeyi bizzat iktidar seçer. Halka kaybedeceği bir konuyu en azından doğal olarak götürmez. Ancak HAYIR oyunun çıkması dolaylı olarak seçimi kaybetme rizikosunu da taşımakta ve iktidarı zayıflatma olarak görülebilecektir.

Halkoylaması %58 EVET oyu ile sonuçlanır. Umarız bu sonuç, hukuk bazında kalarak yaptığım olumsuz analizleri boşa çıkartır.

### **b) Yüksek Seçim Kurulunun Halkoylaması için yorumlu seçim günü kararı**

Halkoylamasına gitme takvimini kurgulayan Yüksek Seçim Kurulu, son değişiklik süresi 60 güne indirilir hükmü yerine amaçsal bir yorumla halkoylamasının 120 gün sonra yapılacağı kararını alır. Bunun nedenini, Anayasanın 67/son fıkrasındaki “**Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğü girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak**” hükmüne dayandırdığı ve amaçsal bir yorumla sonuca gidildiği görülebilir. Dolayısıyla anayasa değişikliği yasasının Anayasaya aykırılığı sorgulanabilir. Çünkü 60 gün sonra halkoyuna başvuru değişikliği, Anayasanın 67/son fıkrasına aykırı bir durum oluşturur. Çünkü “**Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli...yapılır**”(md.67/2) hükmü, Halkoylamasını SEÇİM ilkeleriyle örtüştürür.

Dahası, Anayasa 175/7.fıkıradaki, Anayasa değişikliğine dair kanunların kabulünde “**bu kanunun HALKOYLAMASINA sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar**” emredici hükmü gereği, muhalefetin ‘yüksek yargı yapılandırılmasını ayıralım’ önerisi de reddedilmiştir. Bu yönüyle de Anayasa değişikliği teklifi sakatlanmış, aykırılık üretmiştir. Sonuçta SEÇİM bir oylama olduğuna göre, halkoylaması ivmeleri de bu kav-



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

ramla çakışmaktadır.

1982 Anayasasında dzenlenen yargı bağımsızlığının noksan dzenlendiği anlayışı sorgulana gelmesine karşın, yeni dzenleme sorunu daha da pekiştirmiştir.

Ancak Anayasa değişikliğinin asıl aykırılığı, 2.maddeye karşı dzenilen aykırılıkt. Çünkü değiştirilmesi dahi teklif edilemez bu maddenin hukuk devletinin **erkler ayrılığı, yargı bağımsızlığı** koşulları bağlamında dşenulürse, yürütmenin yapılandırmadaki yaklaşımı, her iki koşulu zedelemektedir. Ve vurgulanan“**şekli anlamda anayasa**” aykırılık sorununu kapsamaktadır.

Çünkü Anayasa sistemindeki iki başlı yürütmede çekirdek yetkilerin iki başta toplanması, örneğin sorumsuz cumhurbaşkanına bu denli yetkilerin tanınması(doğrudan ve dolaylı olarak 14 kişiyi Anayasa Mahkemesi üyeliğine atama), **başkanlı** veya **başbakanlı** veya **başkanlı ve başbakanlı iki başlı yürütme** kapsamlı kendine özgü devlet biçimlerini akla getirirken, kuramda bilinen klâsik Anayasa Hukuku hükümet sistemlerinin kuramsal yapılarına uymama yaklaşımlarının ne olduğunu sorduğumuzda cevaplamada güçlük çektiğimizi söylemeliyim. Bu şudur: Ortada bir Anayasa sorunu olmasına karşın yürütmenin bu denli otoriterliğinin arttırılmasına devam etme modern anayasal devlet anlayışını zayıflatmaktadır. Çünkü demokrasinin uzlaşma ek-seninde yükseldiği bir model olduğu ve bu modele uygun alt yapıların kurgulanması gerektiği açıktır. Sorun, hukukun üstünlüğünü sağlamak için, hukuk devleti formülüne uygun olarak uygun araçlarla yapılanmaya devam etmektir.

### c) Batı standardı Anayasanın üstünlüğü tezine dayanır

şu soruyu da sormalıyız: Sorumsuz Cumhurbaşkanı Anayasa bazında, tarafsız olarak Anayasayı ve Cumhuriyeti korumada özellikle taraflı olduğu için, Anayasa zedelenmelerini kendisine tanınan dava açma ve diğer Anayasal organları gözetme yetkilerini kullanmada olumsuz davranırsa ne olacaktır? Unutmamak gerekir ki “**İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür**” (md.123). Kurumların atışması da Anayasayı zedeler. Onun için Batı standardı “Anayasanın üstünlüğü” temelinde dayanır. Anayasayı oluşturan kurucu irade de Anayasanın kabulünden sonra bu irade ile bağlıdır. Kanımca halkoylamasından sonra Anayasanın üstünlüğü tezi, Batı standardından saparsa (Ki, Anayasanın kabul ettiği rejim Batı Demokrasisidir) Anayasa Mahkemesi, kendisine Halkoylamasında yetki tanıyan milli irade sapması olasılıklarını da bir görüşe göre kuramsal olarak denetleyebilmelidir. Örneğin millet to-

taliter bir rejimi önüne getirildiğinde onaylarsa ne olacaktır? Ancak uygulamadaki asıl sorun, hukuk bilimi verilerini ideolojimize ters düşse de içtenlikle onları kabul etme, hukuk devleti kapsamında duraksamadan uygulamadır.

Demokrasilerde “genel irade” esastır ama nesnel yönetim için, toplumsal denge için, egemenliğin hüsnüniyetle kullanılması bağlamında toplumların (milli iradenin) da evrensel hukuk kurallarına, ulusal üstü ilkelere uyması gerekmektedir. Kuşkusuz burada demokrasilerde kültürün önemi öne çıkmaktadır. Uymama denetiminin formülü, YASAMA Anayasaya aykırı olmamak biçimiyle her türlü yasaları çıkarabilir (yasamanın genelliği ilkesi).

Son bir analizle milli iradenin asıl olmasına karşın, bu iradenin de uygar ülkelerin evrensel hukuk kurallarına koşut gitmesi gerekir. Doğacak olan sorunların çözümünde son formül, Anayasa Mahkemesi kurumunu üretme buluşudur. Elbette aşağıda yapılan analizlerde görüleceği üzere bu mahkemenin kuramsal eleştirilere sahne olduğu, ancak bu yüksek yargının da yapılandırılması olayında başarı, daha iyi bir yöntem bulununcaya dek, kuramsal bazda batılı anlamda adalet yöntemlerini uygulayabilecek kariyeri pak yüksek yargıların veya hukuk alanında katkı sağlamış bilim insanlarının bağımsız yargı temelinde atanmalarının sağlanmasıyla olacaktır. Böylesi bir oluşum, hukukun siyasallaştırılmasıyla değil, hukuk kurallarını koyan siyasetin batılı hukuk nirengileri yönünde hukuk düzeninin kurulmasını sağlaması ve daha etkin olarak adalete ulaşma yollarını pekiştirmeye çaba göstermesidir.

## **7- Sıkça Örneklenen Alman Anayasa Mahkemesine Üye Seçimi İle Araya Girme**

### **a) Seçim için 2/3 nitelikli çoğunluk kuruluş kanununda öngörülür**

#### **Anayasa Mahkemesi yargıcının politik tarafsızlığını garantileme**

Alman Anayasa Mahkemesine üye seçilmesinde yargıcın bağımsızlığının bir güvencesi, Federal Anayasa Mahkemesine atanan üyelerin **(12 yıl için atandığı görev süresi sonunda)** yeniden seçilme olanağının sıfırlanmasıdır (§ 4/2 BVerfGG). Her iki Anayasa Mahkemesi Senetosu yargıçları, federal eşitlik vizyonu<sup>9</sup> yarısı federal temsilciler meclisi (federal parlamento), diğer yarısı federal konsey eliyle seçilir ( Art.94 I 2 GG, § 5 I BVerfGG). Bu seçim için her Mecliste 2/3 çoğunluk “nisabi” aranır. Oysa Anayasada bir “nisap” oranı verilmemiştir. Anayasada saptanmayan nitelikli çoğunluk arama durumu, mahkemenin kuruluş kanununda (§§ 5, 7 BVerfGG) saptanmıştır. Federal

<sup>9</sup> BETTERMANN, *Opposition und Verfassungsrichterwahl*, 1981 ( in:FS Zweigert,s.726).

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Konsey genel kurulu seçim yapmasına karşılık, Anayasanın 94.maddesi (1) lâfzı karşısında federal parlamentonun Anayasa Mahkemesine üye seçimi, bir seçilmiş kurul aracılığıyla yerine getirilir. Yani Anayasa Mahkemesine üye seçimi “indrekt” seçimle icra olunur. Aşağıda vurgulandığı üzere seçim kurulu (Wahlmännrausschuß) 12 kişi olup nispi seçim usulü bağlamında(federal parlamento kanalıyla )seçilir(§ 6 /2).

Anayasa Mahkemesine Üye seçmede, Federal Anayasa Mahkemesi yargıcı seçim usulünden ayrılarak (abweichenden Modus der Wahl) geri kalan federal yargıçlara yargıçlık yöneltme (demokratik olarak her iki meclis vasıtasıyla ve bunun gibi Federasyonun yüksek anayasa organlarının federal kimliğini kanıtlamada) ve Anayasa Mahkemesi yargısında özel görev değerinin yansıtılarak ifade olunması gözetilir. Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG), demokratik yasamayı denetleme ve federal çatışmaları çözme görevlerini de karalaştırma yetkisiyle donatılır. Federal Anayasa Mahkemesi Yargıcı, birlik (Bund) seviyesinde eyaletleri temsil etmede, doğrudan en yüksek demokratik seçilmiş Anayasa organı vasıtasıyla ve bu organla birlik seviyesinde temsil edilme bağlamında seçilmek; bu cümleden olarak çatışmaları anayasal bazda çözüme kavuştırmada karar vermede katkı sağlar.

Anayasa Mahkemesi yargıcını 2/3 nitelikli çoğunluk koşulu arayarak seçme, yargıcın politik tarafsızlığını garantileme içindir. Parleментар nitelikli çoğunluğu sağlama gerçekleştirilmezse, Anayasa Mahkemesine seçimde seçilenin az da olsa kendi yandaşlarının doğrultusunda karar alma tehlikesi artar ve anayasal değerlerin dışında karar alma hukuksuzluğu doğar.

Hatta (1951 metni), Alman Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu (BVerfGG) yargıç seçiminde  $\frac{3}{4}$  oranını “mülâhaza” (dikkatle bakma) etmiştir. 2/3 çoğunluk koşulu 1956 değişikliğiyle getirilir (**Anderungsgesetz vom 21.07.1956, BGBII, s.662**). Ancak o zaman ki hükümet tasarısında basit çoğunlukla seçim istenmiştir<sup>10</sup>. Bu yasama usulünde yargıç seçiminde açık olarak nitelikli çoğunluk aranması ifadesi vurgulanır. şöyle ki: Anayasa Mahkemesinin görevi, azınlığın haklarını da korumak (“Hüter der Rechte der Minderheit”) durumundadır<sup>11</sup>. Yargıç politik yaklaşımlarda muhalefetin veya “azınlığın” görüşünü de dikkate almalıdır ve anayasal bir denge kurmalıdır. Üçte iki(2/3) çoğunluk orjini, bir oylama veya seçimde basit ya da bunun gibi

<sup>10</sup> KRÖGER, **Richterwahl**, in: **BVerfG und GG I**, 1976, s.76 ,91.

<sup>11</sup> Bk. LAUFER, **BVerG und politischer Prozeß**, 1968 s.188 vd.

mutlak çoğunluk yerine azınlığı korumanın klâsik bir aracıdır.<sup>12</sup> Bu bağlamda Alman Anayasası da azınlığın haklarının korunmasını üstlenmiştir ve bu nedenle 2/3 nitelikli çoğunluk aranması getirilmiştir. Bu yaklaşım çoğulcu demokrasinin de gereğidir. Parlamentodaki sandalyelerin 1/3 üne sahip olmayan bir parti gurubu (eine Fraktion), kuşkusuz yargıç seçiminde, sadece bir sandalye daha büyük bir partinin kararına bırakma zorunluluğu bağlamında faaliyete katılır.

**b) “Nisaba” ulaşma fikri eşitlikten kaynaklanır**

Parlamento çoğunluğu ve muhalefet bir oйдаşma - 2/3 çoğunluğu sağlama koşulunu zorlar. Gerçi (bu düzenleme hükmünün anlamına göre) “ad hoc und ad personam” belleğimizdedir<sup>13</sup>. Ancak aday üzerinde bir kabul oluşmadan da seçilebilir. Her yönüyle en az 1/3 oy bağlamında düşündüğümüzde ve bir tasarruf hakkı buldukça (ki, bu koalisyon ve muhalefet arasındaki bir eşitliğe dayanır), nitelikli çoğunluğa ulaşmayı zorlama, aynı haklara malik olmadan husule gelir (= “Parität zwischen Koalition und Opposition”)<sup>14</sup>. Başka anlatımla “nisaba” ulaşma fikri eşitlikten kaynaklanır. Şu var ki, bu amaçla Bonn uygulamasında kişiler üzerinde uzlaşmada ( bir muvafakat zorlamasında aksaklıklara) işaret olunur. Aksine her iki büyük parti ( fazla veya daha az) yargıç sandalyelerini böler. Bir yargıcın yeniden bir görev ve faaliyet için ayrılmasında hangi parti gurubunca gerçekleşeceği açıktır.<sup>15</sup>

Günümüzde Alman parti gurupları, yargıçlık görevine getirecekleri adayları ayırmada, görevlendireceklerini ve önerileri yaparlar. Bu öneriler, bir kural içinde karşı taraftan hazmettirilir ve federal konsey tarafından ve parlamento seçim (ikinci seçmen / ”müntehibi sani” ) komisyonunca (vom Wahlmännergremium des Bundestages) ekseriya “ittifakla” kabul olunur. Burada (en az resmi)“ umumiyet” katılımı yoktur. Seçime iştirakçilerin yaptığı müzakerelerde ağzı sıkılık (gizlilik) vardır.<sup>16</sup> Özellikle 2/3 nitelikli “nisab” ilkesinin tehlikesi bağlamında, Bonn’daki iki politik güç nüfuz alanı güvencesinin dejenere edilmesinin de söz konusu olduğu yazılmıştır. Bu yöndeki aşırıya kaçmalar gözlenebilir ama karşı güçler de sorunu çiğnemekten geri kalmamışlardır.

<sup>12</sup> Bk. HEUN, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1983, s.125 vd.

<sup>13</sup> PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, s.33 vd.

<sup>14</sup> Bilgi için BETTERMANN, *Opposition und Verfassungsrichterwahl*, in: FS Zweigert, 1981, s.726 vd.

<sup>15</sup> Bk. FROWEIN /MAYER/ SCHNEIDER, *BVerfG im dritten Jahrzehnt*, 1973 , s.71 vd.

<sup>16</sup> Bk. § 6 IV 4 BVerfGG.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

mıştır. Parti guruplarının “tarafsızlık” üzerinde uzlaştıkları da vurgulanmalı.<sup>17</sup>

Alman Federasyonunda, koalisyon ve muhalefet arasında (üye seçiminde “ der Perität” bağlamında), yaşayan partiler arasında bir “harmoni” oluşturulduğu gözlenebilir ve Alman BVerfG kararlarında parti gurupları arasında üye seçmede eşitlik yönündeki ağırlıklı kararlar izlenebilir. Kuşkusuz, çoğunluk ve azınlıklı partilerin üyeleri anlaşarak seçebilmeleri en azından eşitlik kavramında düşünmedir.

### 8- Alman Anayasa Mahkemesine Yargıç Seçme Usulünde Tartışmalar ve Pozitif Alt Yapı

#### A- Önemli Bulduğum Görüşler

Alman doktrininde iki önemli görüş ilginç gelebilir.

Anayasa Mahkemesine yargıç seçim usulünde bir pratik seçim usulünün ret edilip – ret edilemeyeceği(ya da kararlaştırma) mantığı, BVerfG’in işlevi hakkındaki bir “ön anlayış”a (Vorverständnis) bağlıdır. şöyle ki:

#### a) Bir Görüş

Alman Anayasa Mahkemesinin (BVerfG) de bir mahkeme olduğu ve bir mahkemeden başka bir şey olmadığı, bu yüzden diğer mahkemeler gibi tarafsız (neutral) olması gerektiği sonucu çıkarılır. Ancak BETTERMANN’ın yazdığına bakılırsa bu durum “gayri meşrudur” (illegitim). Çünkü anayasa yargısının anayasal eşgüdümünde, Anayasa Mahkemesinin parlamentonun aksettirdiği görüntüdeki (oluşumu tablosunda) parti guruplarına orantılı rol dağıtımını yapmada üçüncü bir güç (dritten Gewalt) oluşturduğu, eskilerin deyişiyle “telif kabul etmez”. Muhalefet(siyaset) ne isteyebilir? Parlamentonun tüm guruplarının güvendiği, tüm anayasa yargıçlarından yararlanması; sadece çoğunluğun değil, azınlığında (azınlıklarında); sadece koalisyonun değil, aksine muhalefetin de yararlanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi ne çoğunluk ne de azınlık temsilcilerine aittir. Aksine sadece böyle yargıçlar, tüm politik ve parlamenter guruplar ve güçlere aynı mesafede olmalı ve durmalıdır. şu kadar ki, muhalefetin sayıca azlığının oy verme engellenmesinde mahkemenin heyetçe tarafsızlığı bir araç olarak kullanılmalı, bir suiistimal yapmak yerine kendine has parti yandaşları eğilimi bir geminin su seviyesinin ayarlanmasında olduğu gibi kararlara yansıtılmalı

<sup>17</sup> Fazla bilgi için bk. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, 1974,s.106 vd.

ve hükümetle de “tabir caiz ise” ‘ganimet’ bölünmesi söz konusu olmalıdır<sup>18</sup>.

### **b) İkinci Bir Görüş**

HÄBERLE de başka bir örnek, bakış açısı verir<sup>19</sup>: Anayasa yargılaması, asgari olarak da tüm sistemde politik davaların (muhakeme usulünün) kısmi usulü olarak bir politik işleve sahiptir. Bu yüzden Anayasa Mahkemesinde olanaklı olduğu kadar iyi (optimal), toplumsal ya da çoğulcu mevcudiyetin yararının, başka anlatımla kamu yararının temsilinin bir güvencesine yargıç seçimi ile ulaşmada önem kazanacaktır. Günümüz mahkemelerine rol dağıtım usulünde; hükümet ve muhalefet vasıtasıyla, çok veya daha az Senetoda bir dengeye ulaşmak, ancak mutabık olmada söz konusu olabilecektir.

Kanımcı da değinilen ilk görüş sadece bir çıkış noktası üretebilir. Anayasa Mahkemesi, politikanın devamında bir organ ve Halk içinde politik akımların temsilcisi de değildir. Özellikle bir mahkeme politik yaşamda resmi bir sıfatla davranmaz veya temsil etme işlevi yoktur. Ama ilke, hukuku tamamen gerçekleştirmek de değildir.

Anayasa Hukukunun açıklığı ve Anayasa Mahkemesi kararlarının politik ağırlığı karşısında, genel politika bağlamında bir seçim aracılığıyla federal Anayasa Mahkemesi yargıçlarını özel demokratik haller gibi “politik” bazda bağlama düşüncesi doğrudur. Bununla birlikte, gerçekli (emin olunan- fiili, hukuki değil) bir gereksinimle, fraksiyonculuk ve çoğulculuk delinebilir (ikna söz konusu olunabilir). Sorun olan bu delme-kesme işinin ne dereceye kadar “caiz” olma durumudur. Ve bu sorun nasıl sınırlandırılabilir?

Nihayet Federal Anayasa Mahkemesi yargıcını seçme daha az milletvekili sorumluluğunda oluşur. Mahkemenin yargıcını seçme olgusu, yandaş kaynağı veya müzakere yapma ve karar oluşturmalarda yargıç eğiliminin pek az bir rol oynama olgusunun teyididir. Seçim tarzının

(Wahlmodus) değişimindeki öneriler, ikna edici olmayan büyük bir sayıyı yansıtmaktadır.

### **c) Ara değerlendirme bir**

Sonuçta Anayasa Mahkemesi işlevi, Anayasal ideolojiyi koruma, kollamadır. Dolayısıyla oraya yargıç seçimi özellikle demokrasi standardına ula-

<sup>18</sup> BETTERMANN, *Opposition und Verfassungsgerichtswahl*, in:FS Zweigert,1981,s.726;SCHLAICH, *Neutralität als vefassungsgerichtliches Prinzip*,1972,s.63 vd.; KNÖPLE, *Richterbestellung und Richterbank bei den Landesverfassungsgerichten*, in: *Landesverfassungsgerichtsbarkeit I*, s.234-237.

<sup>19</sup> HÄBERLE, *Gurundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976,s.4-24.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

şılamayan (demokrasiyi araç olarak algılama) ülkelerde, hukukun üstünlüğünü milli irade olarak algılayan ve demokrasiyi sadece seçime indirgeyen katı anlayışlarda iktidarı elde etmek için katı çatışmaların yaşana geldiği yeterince görülebilir. Dolayısıyla Alman Hukukundaki yargıç seçimindeki tartışmalara hak vermek gerekmektedir. Ve yargıç seçiminde, nasıl Anayasa yapmada elverdiğince toplumsal güçlerle uzlaşma gerekiyorsa, Anayasayı uygulamada, aykırı olarak çıkarılabilecek yasaların uzlaşma sağlanan Anayasaya uygunluğunu denetlemede yargıçların kendi dayatmalarını-eğilimlerini uygulamaya yansıtma değil de (ki, kendi anlayışını mahkeme dışında bırakarak) hukukun üstünlüğünü sağlayacak teknik bilgilerle, bakış açılarıyla mevcut Anayasayı koruyacak kararlara, halkın zemininde kalarak çözümler getirecektir.

Anayasa Mahkemesine yargıç seçiminde, yargıcı tarafsız kılacak faktörleri gözetmezsek toplumda adalet duygusu yıpranır ve baskıcı rejimler söz konusu olur.

Son Anayasa değişikliğiyle Dünyada görülmedik bir biçimde Anayasa yargıçlar kurulunun ön dördünü şu veya bu biçimde Cumhurbaşkanı seçtirirseniz, bunun adını koymada hukuk sistemi de şaşar. Yargıçların tüm gurupları gözeterek tarafsız olarak seçilmesi, daha da önemlisi tüm yargıçların batılı hukuk devleti anlayışını ve bilimini iyi hazmetmesi(ki, oraya dahiliz) ve kendi ideolojisini mahkeme salonuna taşımaması, beğenmesi de tüm enerjisini onayladığımız batı evrensel hukuk değerleri metinleriyle ve onlara paralel olması gereken iç hukuk metinleriyle karar üretmeye yönelme olmalıdır. Çünkü yargıç, mevcut hukuk vasıtalarını kendi ideolojisine göre değil, çağdaş hukuk bilimi donanımlarıyla kullanarak adalet dağıtmalıdır. Gözlem odur ki, hukukun üstünlüğünü savunuyorsak ulaşılan çağdaş hukuk çözümlerini dikkate alabilen, Avrupa normu derecesine sahip olan bir toplum üretmeliyiz. Bu standardı yakalamak istemeyen toplumlar, ideolojik yaklaşımlar labirentlerinde boğuşur durur ve iktidarlar bencilleşir. Arkası karanlıktır. Önce her tür görüşü olanlar ilke olarak Anayasanın üstünlüğünü (=hukukun üstünlüğü) hazmetmelidir. Anayasanın iktidarı eline geçirenlerin Anayasası olmasını değil, olanaklı olduğu kadar toplumun tüm diri güçleriyle konsensus sağlanarak toplumun Anayasası olmasını sağlamak gerekir. Nihayet yapılan Anayasayı, hukukun üstünlüğünü sağlayacak ve uygulama yapabilecek tarafsız yargıçlar yetiştirmek gereklidir. Ve yüksek mahkemelere yargıçları seçerken de uygulanacak “modus” için seçimde tarafsız davranabilecek yargıçlar üzerinde yoğunlaşmak gerekecektir. Asıl olan mevcut Anayasayı ideolojik sapmalarla değil de hukuk kültürü üstünlüğü bağlamında uygulayabilecek, hukuka sadık taraf-



sız yargıçların seçimi önem kazanmaktadır. Bu bağlamda iktidarı eline geçirenlerin de görüşleriyle demokratik donanımla hareket etmeleri, kendi ideolojilerine doğru sapmamaları, başka deyişle demokratik tablodaki yerlerini doğru algılamaları gerekecektir.

## **B- Alman Anayasa Mahkemesine Üye Seçiminin Pozitif Alt Yapısı**

### **a) Anayasa Hükümleri**

Alman Federal Cumhuriyeti(BRD) “ **Federal Anayasa Mahkemesi, tüm diğer Anayasa organlarına kıyasla bağımsız ve otonom bir Federal Mahkemedir**”(BVerfGG § 1).

Bu mahkemenin kuruluşunu düzenleyen Federal Anayasa 94.maddesi şöyle der:

**“(1)Federal Anayasa Mahkemesi, federal yargıçlar ve diğer üyelerden kurulur. Bu üyelerin yarısını Federal Parlamento, kalan yarısını ise Federal Konsey seçer. Üyeler, ne Federal Parlamento’ya, ne Federal Konsey’e, ne Federal Hükümete ve ne de bir eyaletin benzer organlarına mensup olamazlar.**

**(2) Federal bir kanun(BVerfGG), Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulünü düzenler. Anayasa Mahkemesi kararlarının hangi hallerde kanun gücünde olacağını saptar...”**

### **b) Kuruluş kanunu (BVerfGG) hükümleri**

Kuruluş Kanununun 2.paragrafı, (1) “**Federal Anayasa Mahkemesi iki Senetodan oluşur**”; (2) “**Her Senetoya sekiz yargıç seçilir**”; (3) “**Her Senetodan üç yargıç, Federal Temyiz Mahkemesi üyelerinden seçilir. Ancak Federal Temyiz Mahkemesinde en az üç yıl çalışmış olan yargıç seçilmelidir**” der.

**Yargıcın liyakatini saptayan** 3.paragrafta, (1) Anayasa Mahkemesi üyesi olmak için kırk yaşını doldurmuş olmak, Federal Parlamento’ya(Zum Bundestag) seçilebilir olmak ve yazılı bir beyanla üye olmak niyetiyle Federal Parlamento’ya başvurmak; (2)Alman Yargıçlık Kanuna göre yargıçlık ehliyetine sahip olmak; (3) ne federal parlamento, ne federal konsey, ne federal idare, ne de bir eyaletin benzer organlarına mensup olmamak, böyle organlara atanmış ise bunlardan ayrılma; bir Alman Yüksek Okulunda hukuk öğretmenliği olarak başka bir mesleki faaliyette bulunmak yargısal faaliyetle uzlaşmaz.

Anayasa Mahkemesi yargıçı olarak faaliyet göstermede yüksek okul hocasının rüçhan hakkı vardır.



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

**Yargıcın çalışma süresi başlığında** (4.paragraf), (1)yargıcın çalışma süresi 12 yıldır ve en uzun yaş sınırına dek (bis zur Altergrenze) sürer; (2) yargıcılık süresi dolunca yeniden veya daha sonra seçilmek olanaksızdır; (3) yaş sınırı, yargıcın 68 yaşını doldurduğu ay sonunda biter; (4) yargıç çalışma süresinin bitişine göre ve yerine halefi atanıncaya dek işlevini sürdürür.

**Yargıcı seçim organları**(5.paragraf): Her Senoto yargıç sayısının yarısı, her defa federal temsilciler meclisi(Bundestag) ve federal konsey(Bundesrat) tarafından seçilir... **Federal Temsilciler Meclisi Seçim Usulü**(Parag.6): Meslekten yargıçlar, (1)Federal Parlamento (Bundestag) kanalıyla indirekt seçimle seçilir;(2) Federal Meclis, nispi temsil düzenlemesine göre, Anayasa Mahkemesi yargıçlarını, federal meclisin 12 üyesinden oluşan bir seçim kurulu (einen Wahlasschuß) seçer. Her parlamento gurubu bir öneri verebilir. Her öneri için verilen oyların toplamından, **d'Hondt usulü** (en yüksek sayı usulüne göre) bağlamında her öneriyle seçilmiş üyelerin sayısı hesaplanarak sonuçlandırılır. Sırasıyla önerideki ismi geçen seçilmişler(seçkinler) gösterilir. Seçim Kurulunun bir üyesi ayrılma ya da engellenmiş olduğunda( üyelerden birisinin üyeliğini kaybetmesi), aynı listedeki sıradaki önerilmiş üye ( durch das Nächste) ayrılanın yerini alır; (3)seçim kurulunun en yaşlı üyesi, seçim kurulunu derhal bir haftalık davetiye müddeti içinde çağırarak tüm yargıçların seçimine dek seçimi yapma oturumunu sevk ve idare eder; (4) seçim kurulu üyeleri; bir açmazlıkta; seçim kurulunda adaylar ya da talipliler hakkında, onların faaliyetlerinden duyulan veya bilinen kişisel koşulları ayrıca onlar hakkında bu amaçla yapılan uçarı görüşmeler ve oylamayla sorumludurlar; (5) en az sekiz oy alan yargıç seçilir.

**Federal Konsey Seçim Usulü** (Parag. 7): Federal Konseyce, meslekten olması gereken yargıçlar, federal konseyin 2/3 (mit zwei dritteln) oyu ile seçilir (7a Paragrafının başlığı Özel Durumlarda Seçim Usulünü içerir).

**Öneri Listesi** (Parag.8): (1) Adalet Bakanlığı (Das Bundesministerium der Justiz) tüm federal yargıçlardan bir öneri listesi saptar( Liste çıkarma yurkarıda değinilen paragraf 3'ün varsayımları-fıkra 1, 2 bağlamında yerine getirilir); (2) Adalet Bakanlığı, Federal Anayasa Mahkemesinde bir yargıcın görevi için Federal Temsilciler Meclisi, Federal Hükümet veya bir eyalet hükümeti gurubunca önerilmiş ve kabul olunan tüm kişilerin diğer bir listesine klavuzluk yapar (Paragraf 3,fıkra 1-2 bağlamında); (3) Listeler bir seçim öncesi geçerli olarak tamamlamak ve en geç bir hafta içinde her iki meclisin başkanlarına verilmelidir.

**(c) Ara değerlendirme iki**

Yukarıda yazılanlara bakılırsa ve Türk Anayasa Mahkemesinin son yapısal değişikliği, Alman örneğini sıkça yineleyenlere umarım bir fikir verecektir. Çünkü çoğulcu demokrasinin uzlaşma kültürüne sahip olamayışımız ve Cumhurbaşkanının 17 üyeli Anayasa Mahkemesi Kurulunun öyle veya böyle 14 üyesi üzerinde söz sahibi olması olayı, “dervişin fikri neyse zikri de odur”(= ‘Wes das Herz voll ist, des gehet der Mund über’) özdeyişini hep hatırlatacaktır. Oysa yargıçlar bağımsız yargının yargıçları statüsüne kavuşturulmalıdır. Ve yargıçlar hukuk metinleriyle çalışan ve hukukun üstünlüğü bağlamında her görüşün tarafsız yargıcı olarak teknik hukuk bilgisine dayalı mesai yapmalıdır. Yargıç herkesin yargıcı ve bağımsız olmalıdır. Bunu gerçekleştirmenin asgari yolları vardır. Yargıçların Batının yargıçlarının öğrendikleriyle yargıç oldukları ve başta Anayasamız, uluslar arası kanun hükmünde antlaşmaların da hukukumuzun metinleri olduğu unutulmamalıdır.

**ANALİZLERİ SÜRDÜREN BİR SONUÇ**

Anayasa herkesi bağlar(md.11,90,138,153). Yargı organına millet adına yetki kullanma işlevi verilmiştir. Yargı organlarının kararlarını “yorum” diye nitelemek ve ötelemek bir Anayasa ihlâli oluşturabilir. Onun için anayasaya göre yasama, bir yetki dolmasına, bir yetki saptırmasına gidemez.

Anayasanın değişmezlik yasağı koyduğu 2.maddenin dayandığı Başlangıç kısmında vurgulanan “ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” hükmü karşısında, dahası kuralları seslendirme, tanımlama hakkı bulunan yargı yerlerinin içtihatlarını görmezden gelme ve bunları etkisiz kılma çabaları, anlatılan teknik hukuk bilgileri karşısında bir değer taşımayacaktır. Anayasayı koruma görevi olan Anayasa Mahkemesinin dahi düzenleyici Anayasa profili karşısında sadece objektif davranması (Lâik devlet ilkesinin yanında olması) gerektiği zorunlu gibi görünmektedir. Bu tabloya AİHM de dahildir. “Anayasayı bir defa delsek ne olur?” sorusunu sormak “anayasacılık akımını” özümsemekten kaynaklanır. Anayasal devlette görev alanların Anayasaya uymama lüksü yoktur. **Toplumlar gereksinimleri karşılamayan Anayasayı gene bilimin ışığında değiştirerek yoluna devam edecektir.** Asıl olan üstünlerin hukukunu değil Anayasanın üstünlüğünü, ilk kez Alman hukuk yazınında kullanılan “hukuk devleti” gereklerini benimsemektir.

Son Anayasa değişikliği yasasında değerlendirmeler, yürütmenin üstünlüğüne kayıldığı, geçmişte yaşandığı gibi plâtonik mutlak milli irade ya-

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

nılıgısına düşüldüğünü gösterebilir. Sosyo politiğimiz bunu gerektirir derseniz, bu ayrı bir durumdur. Yöneticilerin sık sık başvurduğu milli irade tezini, bir sıgınak olarak alan söylemleri de aynı izlenimi vermektedir.

Hükümet edenlerin iktidarına oranla, “**egemenlik anayasadan öncedir, üstündür ve kurucu niteliklidir. Siyasal iktidarın kullanımı ise sınırlı olup yetkilerini Anayasadan alır**”. Anayasaya uygun olarak kayıtlı-koşullu kullanım ile görevlilik esastır. Unutmamak gerekir ki, egemenlik kuramları “**insan aklının yapılarıdır**”.

Sonuç olarak Almanya’da Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçiminde Meclislere rol verilmiştir ama bunun süzgeçle elenmesi gibi parlamentoda temsil guruplarının uzlaşması sonucu 2/3 nisapla seçim yapılacaktır. Bunun anlamı, her parti bir biçimde seçime katılacaktır. Kuşkusuz amaç, yargı bağımsızlığı koşulunun sağlanmasıdır.

Eğer bir ülke Batı Demokrasisini seçmişse, bir parti veya her parti çoğulcu demokrasi ilkelerini gözetmek durumundadır. Parlamentoda 2/3 çoğunluğu aşsa dahi çoğunlukçu dikta demokrasisine sapamaz. Demokrasi mücadelesi tarihinde, egemenlik kralın elinden alınarak millete verilmesi olayında görüldü ki, geçmişte bir kişi diktatörlüğü olgusu yerine bu kez çok kişinin diktatörlüğü uygulama buldu. Batı “nazizim” örneklerine sahne oldu. İşte yasamanın diktatörlüğü olgusunun vücut bulmaması, denetim altına alınması için Anayasa Mahkemeleri özellikle Kara Avrupası’nda bu amaçla ortaya çıktı. Ancak günümüzde “milli irade” tezine yanlış sarılarak çoğunluğun diktasına(çoğunlukçu demokrasi= genel irade kuramı) sapma örnekleri, hukukun üstünlüğü kalıbı ışığında çoğulcu demokrasi anlayışının tüm kurumlarıyla kurulup işletilmesinin kısaca çağdaş katılımcı demokrasi kavramının ve uygulamasının gözetilmesini gerektirmektedir. **Demokrasinin birinci koşulu seçimdir ama tek koşul değildir.** Temel hak ve özgürlükler meselesi, demokrasinin ağırlık noktasıdır. Anayasa Mahkemesi iktidarının da bilimsel dayanağı, her kurum gibi son bir analizle hukukun üstünlüğünü sağlama ve anayasal düzeni korumaktır. İşte üyelerinin seçimi, seçim modusu da önem kazanmaktadır. Kuşkusuz bu önemli kurumu pasifize ederek gerçek rolünü oynamaktan uzaklaştırmak, anayasaya uygunluk denetimi rolünü bağımlı hale sokacak siyasallaştırmalara yönelmek, hukukun üstünlüğü tezinin anlamsızlaşması olacaktır. Asıl olan, Anayasa Mahkemelerinden beklenen evrensel, çağdaş rolün yerine getirilmesini sağlayacak bir seçimle yargıçları seçmek ve bu mahkemelere uygun ağırlıkta adalet dağıtacak kariyerli yüksek yargıçlara görev ver-

mektir. Bu yargıçların kuşkusuz görevi, hukuk yazınında tanımlanan hukukun üstünlüğü değerinin çoğulcu demokrasi düzleminde uygulamasını sağlamaktır. Onun için mahkemelerin tekrar yürütmenin denetimine sokulması değil, onların adalet hizmetini dağıtabilecek koşulları yaratmaya çaba sarfetmek bir “beka” sorunu olarak gözlenmektedir.

Günümüzde yapılan sert tartışmaları yanıtlayabilmede Ord.Prof.Dr. A.Fuad BAŞGİL’in şu sorgulamalarına katılmama olanağı yoktur: “**Zorbalık ve baskı rejimleri, her zaman gücün ve yetkinin sayılı birkaç elde ya da bir başta toplanmasından doğmuştur...baskı politikası yoğunlaşan güç tekelinin sonucudur...güç tekeli ele alanın bu baskı politikasını yasallaştırmak için dayandığı çoğunluğun demokratik olması, yapılan baskının haklı olduğuna inandırır ki, bu da baskıyı katlanamaz bir duruma sokar. Bu konuda alınacak önlemlerin başında ... güç ve yetkilerin tek elde toplanması yerine bölünüp birbirine karşı birer özerk organ durumuna konulması gelir**”<sup>20</sup>.

Bu değerlendirme bizi kuşkusuz hukuk devletinin erkler ayrılığı koşuluna taşır.

Montesquieu **Kanunların Ruhu** isimli eserinde ne diyordu? “**Ezeli bir deneyimle sabittir ki, kuvvet sahibi herkes bunu kötüye kullanmaya eğilimlidir ve kuvvetini buluncaya kadar gider...kuvvetin kuvveti durdurması gerekir**”<sup>21</sup>.

Özetle, çağın Anayasasını yapacaksa çoğulcu demokrasiyi getiren 1961 Anayasası felsefesine dönmemiz ve hukuk devletinin olmazsa olmazı erkler ayrılığı bazında idarenin her türlü eylem işlemini denetleyebilecek bir yargı mekanizmasını kurmalıyız. Bu yetmez. Bu mekanizmayı sürdürecektir yansız, bağımsız yargı anlayışını egemen kılmalıyız. Kuşkusuz bu dilek, içinde olduğumuz muasır medeniyet tezlerine uygun olmalı ve toplumun hazım gücünü çağın egemen doktrini demokrasiyi bilinçli bir düzeyde kavrayabilme donanımlarıyla beslemelidir.

Rousseau’nun “genel irade yanılmaz, kamunun iyiliğini ister” tezinin matematik ispatının olmadığı; azınlığın fikrinin de kamu iyiliğini isteyebileceği yargısının doğruluğunun çoğulcu demokrasiye geçişi sağladığını hatırlamalıyız. Dolayısıyla sürekli milli irade tezine platonik bir biçimde sarılma ile parlamentonun etkin bir çoğunluğuna ulaşma ile her şeyi yaparım algısıy-

<sup>20</sup> VELİDEDEOĞLU, 12 Eylül KARŞI Devrim,1989.

<sup>21</sup> MEMİŞ, s.205.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

la davranarak tarihte görüldüğü gibi azınlığı hiçe sayan çoğunluğun diktatörlüğüne sapma(çoğunlukçu demokrasi)sonuçta totaliterliğe kayma olacaktır. Onun için klâsik Anayasa Hukukunda anlatılan rejimlerden birini seçmiş iseniz önce karşılıklı denetim mekanizmalarını sağlam ayarlara bağlamanız gerekir. Yargı bağımsız bir mekanizma olmalıdır. Meğer ki, yürütmenin elinde olsun.

Anayasa Bethoven'in 9.senfonisidir. Toplumun mutluluğunu sağlayacak hukuksal ve siyasal orjinlerin sağlam ayarlara bağlanması sözleşmesidir. Toplumun geleceği meselesidir. **Sınırsız değişim eğrisinin sınırsızlığını sağlayan sınırlı organlar eğrisidir.** Onun için Anayasayı toplumla, zinde güçlerle yapılmalı ve sağlam bir düzlemi beslemelidir. Anayasalar toplumların kefilidir. Hukukun üstünlüğünün kefilidir. Üstünlerin hukuku değil hukukun üstünlüğü geçerli olacaksa, bunun güvencesi kişiler değil Anayasa olmalıdır. Başka deyişle kişilere endeksli güvencelerin önemi yoktur. Çünkü temel hak ve özgürlükler ancak demokrasi olduğunu savunan rejimlerde kalıcı işlevlidir. Şunun bunun güvencesine göre düzenlenemez. Kanunlar, nesnel koşullar bağlamıyla düzenleme yapılır ki, Anglo-Saxson hukukunda birey-devlet eşitliğine (Kara Avrupası'nda kamu yararının devlet dizaynında önem taşınması, idarenin bireye karşı öncelikli orjine sahip olması) dayanan hukukun üstünlüğü (hukuk devleti) dediğimizde bu anlaşılır. Vatandaşlar, demokratik güvencelerin geçerli olduğu bir toplumda kimsenin güvencesi olmadan haklarını kullanmayı "İnsan Derisiyle Kaplı Anayasa"ya (T.Z.Tunaya'nın eserinin ismi, Paris'te müzede) borçludur.

Anayasanın halkoylmasına sunulan değişikliğinde (ki, bu çalışma yapılırken sonuç %58 evet,%42 hayır olarak çıkmıştır), özellikle HSYK gibi yargı bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren yeni değişiklik maddesinin önemi, yargının bağımsızlığının bizatihi bu kuruldan geçmesi gerçeğidir. Bu cümleden olarak bağımsız bir yargı projesinde HSYK'nın yürütme kuşatmasından kurtarılması gereklidir. Yargının "pranga" olduğu tanısı karşısında, HSYK'nın ne anlama geldiği sorgusunun önemi hemen anlaşılmaktadır. Eğer "hakimler devleti" itirazınız varsa, yargıç yetiştirme projesini devreye sokmalısınız. İktidar yargı denetiminden kurtulmak istiyorsa, günümüz demokrasisinde siyasal iktidarın yargı denetimine bağlanması demokrasinin en temel koşulu olduğu unutulmamalı.

Mevcut uygulamada Adalet Bakanının HSYK'nın karar almasını engellediğini yaşıyarak gördük. Yargıtay kararı olan yargıçlar ve hakkında so-

ruşturma açılması istenen savcılarının durumları, HSYK’da görüşülemiyor. İşte burada Anayasa değişikliği istenmesi amacının sorgulanması, haklı sonuçlar üretmektedir. Asıl sorun, Milli Güvenlik Konseyi üyesi olan Adalet Bakanının yetkileri meselesidir. Örnek verirsek genel kurulda konuşulacak bir kararname, gene HSYK başkanı olan bakan tarafından engellenebilecektir. Değişiklikle bu kez Müfettişler HSYK’a bağlandı ama Soruşturma için bakan onayı gerekli olduğu için engelleme barajı devreye girebilecektir. Daha da önemlisi HSYK başkanı Bakan kararına karşı yargı yolu açık değildir ( Yeni değişiklikte Adalet Bakanı yerine “ HSYK Başkanı” denilmiştir). Bu şudur: Adalet Bakanı işlemlerine yargıda itiraz edilebilir ama HSYK işlemlerine karşı “ihraç” hariç, diğer 6 disiplin cezasına karşı yargı yoluna başvuru yasakları sürmektedir. Yine önceki metinde Adalet Bakanı yerine bu kez HSYK Başkanı denmiş ve başkanın temsil yetkisi olduğu vurgulanmıştır. Bu şuna benzer: Vilayeti Vali, Üniversiteyi Rektör... HSYK’ı da Adalet bakanı (HSYK Başkanı) temsil edecektir. Burada amaç nedir? Sorgulama yaptığımızda sonuç olumsuzdur.

HSYK Sekreterini bakan atayacak değişikliğinde, HSYK seçse daha mantıksal olmaz mıydı? Yargının geniş temsili için aşağılara doğru temsil yetkisi kuşkusuz önem taşır. Ancak dengenin yüksek yargı aleyhine bozulabilme olasılığı, diğer söylemlerle denge bozukluğu da sorgulanmalıdır. Çünkü önünde uzun bir çalışma süresi olan seçimle üye olabilecek 1.derece meslek mensuplarının Adalet Bakanının etkisine açık olduğu gerçeği de ortada durmaktadır.

Üstelik genel kurul ile eşgüdümlü çalışacak HSYK dairelerinin işlevlerinin kanunla düzenleneceği hükmünün dayanağı, Anayasada bazı temel ilkelerle saptanmış olsaydı daha güvenceli olabileceği savunulabilir. Denebilir ki, düzenleme kanunu Anayasa Mahkemesine götürülebilir. Şu var ki, Cumhurbaşkanının şu veya bu biçimde 14 üyeyi atayacak olması hakkındaki sert tartışmaların uygunluk denetimi üzerine gölge düşürebileceğini varsaymak da yaşayarak görmediğimiz için küçümsenemeyecek bir durumda gözlenmektedir.

İşte böyle bir Anayasayı, değişikliklerini ve Anayasanın özellikle yargı organlarını, birinci sınıf yüksek kurumlarını yapılandırmayı, anayasacılık akımları bağlamında ve bilimin öncülüğündeki yöntemlere göre yapmalıdır.

“Barika-i hakikat, müsademe-i efkârdan doğar”.

# AVRUPA (BİRLİĞİ) BÜTÜNLEŞME SÜRECİ VE SORUNLARI

Hasan MOR\*

## Özet

Bugün Avrupa Birliği, 4-5 asır geriye giden Avrupa'yı ortak bir çatı altında birleştirme girişimlerinin kuşkusuz en başarılı olanıdır. Esasen Avrupa'nın bir bütün olarak coğrafi, ekonomik ve siyasi entegrasyonu hedeflenmiş; fakat taktik olarak ekonomik entegrasyondan başlanılarak 1951 Avrupa Kömür ve Çelik Toplulukları Andlaşması akdedilmiş ve bunu 1957 Roma Andlaşması izlemiştir. Bu andlaşmaları müteakip ekonomik işbirliği alanlarında hızla cesaret verici başarılar kaydedilmiş ve 1986 Avrupa Tek Senet Andlaşması ile iki kutuplu uluslararası sistemde gözlemlenmeye başlanan değişim eğiliminin de etkisiyle güvenlik ve dış politika da işbirliği alanlarına dahil edilerek, bütünleşmeye yeni bir siyasal boyut da katılmıştır.

1992'de iki kutuplu uluslararası sistemin sona erdiği Soğuk Savaş sonrası dönemde, Maastricht Birlik Andlaşması ile Ekonomi, Adalet ve İçişleri ve Dış Politika ve Güvenlik Politikası taşıyıcı sütunları üzerinde bir "Avrupa Birleşik Devletleri" inşa etme hedefi ortaya konulmuştur. Böylece bütünleşmiş bir Avrupa'nın, tek ve birleşik devasa bir güç olarak uluslararası sistemde belirleyici roller oynayan küresel bir aktör haline getirilmesi hesaplanmaktaydı. Buna yönelik olarak da bütün kıtada hızla ekonomik, siyasi ve coğrafi bütünleşme tamamlanmak istenmiştir.

Bu kutsal bütünleşmenin teknik, kurumsal ve hukuki altyapısını inşa etmeye yönelik olarak, 1997 Amsterdam Andlaşması, 2001 Nice Andlaşması ve en nihayet 2004 Anayasa Andlaşması akdedilmiştir. Anayasa Andlaşması'nın 2005'de Fransa ve Hollanda'daki referandumlarda reddedilmesi üzerine, Avrupa entegrasyonu ile ilgili bir kriz dönemine girilmiş; 2007'de Anayasa Andlaşması'nın reforma edilmiş bir hali olan Lizbon Reform Andlaşması imzalanıp güçlükle Aralık 2009'da yürürlüğe sokularak, Avrupa entegrasyonu bugüne ulaşmıştır.

Gelinen bu aşamada Avrupa bütünleşmesinin kurumsal yapısını temsil eden Avrupa Birliği, büyük ölçüde kıtayı bütünleştirerek bölgesel düzeyde barış ve refaha önemli katkılar sağlamakta olup bu yönü ile örnek bir bölgesel entegrasyon modelini temsil etmektedir.

Ancak hem sahip olduğu reel güç ve potansiyeller; hem bizzat kendisinin de hedeflediği ve hem de esasen dünyanın da büyük ölçüde kendisinden beklediği küresel

---

\* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



*barış ve istikrarın kurucu ve koruyucusu global düzeyde belirleyici rol, güç ve etkiye sahip bir “Avrupa Birleşik Devletleri” olabilme açısından, Avrupa Birliği'nin oldukça yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu yetersizlikte ise dar-tutucu bakış ve yaklaşımların etkisiyle, böyle bir rolü mümkün kılabilecek siyasal irade ve stratejik vizyonlar geliştirememenin temel etkiye sahip olduğu söylenebilir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Avrupa Birliği, Avrupa Entegrasyonu, Avrupa Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Türkiye-AB İlişkileri.*

## **EUROPAEN (UNION) INTEGRATION PROCESS AND PROBLEMS**

### **Abstract**

*Today the EU is undoubtedly the most successful initiative, among those which have taken for 4-5 centuries, to consolidate Europe under a common roof. In fact, geographical, economic and political integration of Europe as a whole had been targeted but, as a tactic, starting with the economic integration, firstly the European Coal and Steel Communities Treaty of 1951 was conducted and it was followed by the Treaty of Rome in 1957. In the areas of economic cooperation some encouraging success was quickly achieved, and also with the Treaty of the European Single Act in 1986, and the effect of the tendency of change the bipolar international system of security, foreign policy was entered into cooperation so that the Integration of Europe has been gained a political dimension.*

*In 1992, the Cold War period after the end of the bipolar international system, the target to build a “United States of Europe” on the carrier columns of Economy, Justice and Home Affairs, Foreign and Security Policy by the Maastricht Treaty of Union has been put. Thus, an integrated Europe, as a single unified international system and as a huge power would have transformed into a global actor playing decisive roles. For achieving this in the whole of continent a quick economic, political and geographical integration has been intended to complete.*

*The Amsterdam Treaty of 1997, the Nice Treaty of 2001, and finally, the Constitutional Treaty of 2004, have been conducted to build the technical, institutional and legal infrastructure of continental integration. With the rejection of the Constitutional Treaty by referendum in France and the Netherlands, it was entered the period of a crisis related to European integration; The European integration has reached to our days by putting into force the Treaty of Lisbon, signed in December 2009, as a reformed version of the Constitutional Treaty of 2007, with some difficulties.*

*At this stage we have reached, the European Union, representing the institutional structure of European integration, has been an example model of integration with its aspect of providing with an important contribution to peace and prosperity largely at the regional level by integrating the continent. The European Union, in terms of playing an effective global role as the founder and guardian of the global*



## ***Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları***

*peace and stability, has remained rather inadequate, with regard to its own power and potentials and its own targets creating expectation for the entire world. This inadequacy arises because of the basic effect of the failure of developing a political will and strategic visions to be able to fulfil its expected role, with the effect of the narrow-conservative viewpoints and approaches.*

**Key Words:** *European Union, European Integration, European Community, European Economic Community, Turkey-EU Relations.*

### **GİRİŞ**

Günümüzün küreselleşen dünyasında iki paradoksal gelişme aynı anda kendini göstermektedir. İlki, mikro milliyetçilik temelinde parçalanma hareketleri; ikincisi de özellikle bölgesel düzeyde bütünleşme hareketleri. Bu iki paradoksal eğilimin de garip bir şekilde Türkiye’yi dünyadaki herhangi bir ülkeden çok daha ileri düzeyde ilgilendirerek etkilediği görülmektedir.

Parçalanma hareketlerine Avrupa’da Çekoslovakya’nın, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya olarak ayrılması; Yugoslavya’nın, Sırbistan, Hırvatistan, Slovenya, Bosna-Hersek ve şimdilerde Karadağ ve Kosova şeklinde ayrılıyor olması; bunlara pek benzememekle birlikte Irak’ın ciddi bir şekilde bölünme ile karşı karşıya gelmesi; Etiyopya’dan Eritre devleti namı ile bir parçanın ayrılması; Sudan’daki ayrılıkçı hareketler ve dünyada bunlara eklenebilecek daha birçoklarının yanında en nihayet Türkiye’deki ayrılıkçı hareket örnek gösterilebilir.

Bölgesel düzeydeki bütünleşme örneklerinin en dikkati çekenleri: ABD’nin öncülüğünde, Kanada ve Meksika’nın oluşturduğu NAFTA; başını Japonya’nın çektiği “Asya Kaplanları”nın oluşturduğu ASEAN ve en nihayet bugün itibariyle 27 üyeden oluşan Avrupa Birliği (AB)’dir. Bu bölgesel bütünleşme hareketlerinin en etkili ve gelişmiş olanı ise hiç şüphesiz AB’dir<sup>1</sup>.

Türkiye özellikle Aralık 1999 Helsinki Zirvesini müteakip AB’ye tam üye olma perspektifi aldıktan sonra, tam üyeliği ulusal bir dış politika hedefi haline getirmiştir. Hem Türkiye’nin tam üye olmak suretiyle bir parçası haline gelmeyi en öncelikli dış politika hedefi olarak belirlemiş olması açısından;<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Bkz. **TÜRKER** Haşim, Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikası, Ankara 2007, s. 35.

<sup>2</sup> Türkiye’nin AB üyeliği ile ilgili değişik algılayış ve değerlendirmeler için bkz. **LAÇİNER**

hem de günümüz dünyasında gözlemlenen bütünleşme hareketleri içerisinde en önemlisi<sup>3</sup> ve en ileri bütünleşme düzeyine ulaşmış olması itibariyle AB<sup>4</sup>, haklı bir ilgi odağı durumundadır.

Bu makalede AB'yi bugünkü herhangi bir uluslararası örgütten çok çok ileri, *sui generis* bir niteliğe<sup>5</sup> kavuşturan bütünleşme düzeyine taşıyan süreç ana hatlarıyla ele alınacak; AB Hukukunda Birincil Hukuk (Primer Hukuk) niteliğindeki temel kurucu hukuk metinleri eşliğinde AB bütünleşmesinin izi sürülecektir. Bütünleşmenin kilometre taşları durumundaki bu andlaşmaların detaylı analizlerinin bir makaleye sığdırılamayacağı açıktır<sup>6</sup>. Bundan dolayı burada detaylardan kaçınılarak konu ana hatları ile ele alınmak suretiyle bir genel çerçeve oluşturulmaya çalışılacaktır.

Avrupa Birliği, en azından son üç asırda büyük ölçüde dünyanın merkezi olmuş bir kıtanın İkinci Dünya Savaşını müteakip Soğuk Savaş parantezine alınmasından sonra<sup>7</sup>; 1990'lı yıllardan itibaren global bir siyasal oyuncu anlamında uluslararası sistemde tekrar kendini göstermeye başlaması olgusudur<sup>8</sup>.

Burada özet bir şekilde, 21. yüzyılın eşğinde Avrupa Birliği (AB) olarak ortaya çıkan, Avrupa bütünleşme hareketinin temel seyir çizgisi ve kilometre taşları belirlenmeye çalışılacaktır. Günümüzde AB olarak ortaya çıkan bu yapının, nasıl bir düşünsel zeminde, hangi temel global ve bölgesel dinamiklerin etkisiyle oluştuğu ve hangi aşamalardan geçerek bugünkü şeklini aldığı bir kesit olarak ortaya konulacaktır. Bu gelişim çizgisinin ortaya çık-

---

Sedat/ÖZCAN Mehmet/BAL İhsan, Türkiyeli Avrupa, İstanbul 2004.

<sup>3</sup> CAŞIN Mesut Hakkı/ÖZGÖKER Uğur/ÇOLAK Halil, Küreselleşmenin Avrupa Birliği Ortak Güvenlik ve Savunma Politikasına Etkisi. Avrupa Birliği, İstanbul 2007, s. 603.

<sup>4</sup> Soğuk Savaş sonrası dönemde uluslararası sistemdeki yeni yapılanmalar içerisinde AB'nin konumuna dair değerlendirmeler için bkz. ÖZER Yonca, "Tek Kutuplu Dünyada Çok Kutuplu Düzen Arayışları: Kutuplardan Biri Olma Yolunda Avrupa Birliği", in Yüksel Taşkın/Fatih Furtuna/Erhan Büyükkakıncı/ Yonca Özer/Nurşin Ateşoğlu Güney/Münevver Cebeci/Mehmet Öğütçü/Kerem Batır, Tek Kutuplu Dünyada Yaşamak. Gerçekler, Yanılgılar ve Beklentiler, SODEV Yayını, İstanbul 2006, ss. 65-92.

<sup>5</sup> TÜRKER, s. 35.

<sup>6</sup> Esasen ileride her bir andlaşmayı ayrı bir makalede inceleyerek AB bütünleşmesinin aşama aşama analizine bir giriş olmak üzere bu makale tasarlanmıştır.

<sup>7</sup> Bkz. GÜRKAYNAK Muharrem, Avrupa'da Savunma ve Güvenlik, Ankara 2004, s. 11.

<sup>8</sup> PLATE Bernhard von, "Ost-und Mitteleuropa: Eine Herausforderung für KSZE und NATO", Bernhard von Plate (Hersg.), Europa auf dem Weg zur kollektiven Sicherheit: Konseptuelle und organisatorische Entwicklung der Sicherheitspolitischen Institutionen, Baden-Baden 1994, s. 71.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

rılması, günümüz AB olgusunu daha iyi kavramak, anlamak, daha bütüncül, daha tutarlı analiz ve sonuçlara ulaşmak bakımından önem taşımaktadır. Bu sayede AB'nin gelecekteki muhtemel seyir yönü ve kazanacağı konuma dair orta ve uzun vadeli gerçekçi öngörülerde bulunabilme imkanı olacaktır.

Özellikle, günümüzde Türkiye'nin AB'ye tam üyeliğini ulusal bir dış politika hedefi haline getirdiği dikkate alındığında<sup>9</sup>, söz konusu bu yapının nasıl ortaya çıktığının, hangi süreçlerden geçtiğinin ve nasıl bir anlam taşıdığına ortaya çıkarılması bugün bizim için (Türkiye için) daha bir önem ifade eder hale gelmiştir. Zira, Türkiye'nin böyle bir ulusal dış politika hedefinin anlamının kavranması<sup>10</sup>, ancak bu yapının hiç değilse ana çerçevesinin ortaya konularak anlaşılması ile mümkün olabilecektir.

Bu makalede, işte bu anlamda, Avrupa bütünleşmesinin genel profili oluşturulduktan sonra, geleceğe yönelik olarak AB'nin global ölçekte nasıl bir anlam ifade ettiği veya edebileceğine dair öngörülerde bulunmaya çalışılacaktır.

### *1. Avrupa Bütünleşmesinin Fikri Temelleri*

Günümüzde AB, Türk dış politikası gündeminin doğrudan ve/veya dolaylı bir şekilde birinci derecede gündem maddesini oluşturur hale gelmiştir. Türk dış politikası öncelikler listesinin en başında yer alan Avrupa Birliği bütünleşme olgusunun düşünsel plandaki temelleri, en az dört yüzyıllık bir geçmişe dayanır<sup>11</sup>. En genel anlamda “Avrupa'yı birleştirmek” hedefi olarak tanımlanabilecek bu düşünce, derin kalıcı ve yıkıcı etkiler doğurması itibariyle son olarak Napolyon ve Hitler'in girişimleri ile etkili bir şekilde hayata geçirilmek istenmiştir. Aslında yöntem ve araçları farklı olsa da en nihayetinde bütün bunları Avrupa bütünleşme girişimleri olarak değerlendirmek ve hatta bütünleşme sürecinin bir parçası olarak görmek gerekir. Bu girişimler ve özellikle de sonuncusu Avrupa için tam bir felaket olmuş; kıta tam ortasından Doğu ve Batı Avrupa olarak ikiye bölünerek “demir perde” ile ayrılmış ve klasik Avrupa dışı iki gücün (ABD ve SSCB) nüfuz alanı haline gelmiş-

<sup>9</sup> MOR Hasan, “Kıbrıs Sorunu ve Avrupa Birliği”, Türk Hukuk, Mart 2003, S. 73, s. 15.

<sup>10</sup> Türk dış politikasında AB etkisine dair yeni ve nispeten detaylı bir analiz için bkz. GÖZEN Ramazan, “Türk Dış Politikasının Avrupa Birliği'ne Doğru Dönüşümü”, Uluslararası Hukuk ve Politika”, Yıl 2, S. 6 (2006), s. 1 vd.

<sup>11</sup> DEDEOĞLU Beril, “Avrupa Birliği'nin Bütünleşme Süreci I: Tarihsel Birikimler”, Beril Dedeoğlu (der.), Dünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003, s. 20.

tir<sup>12</sup>. Bu acı tecrübe, kıtayı kuvvet yoluyla tek taraflı tahakküm temelinde birleştirme yönteminin kesin olarak terk edilmesine sebep olmuştur. Böylece, artık, “eşitlerin özgür iradeleri temelinde gönüllü birliktelikleri” parametresinde Avrupa’yı birleştirme yöntemleri üzerinde düşünölmeye başlanmıştır. Aslında Avrupa’yı en azından kıta açısından bakıldığında “ortak Avrupa hedefleri” için gönüllölük temelinde birleştirme düşüncesi çok daha eskilere dayanmaktadır. 1623 yılında Emeric Crucé, Avrupalı devletler arasındaki sorunları çoğunluk kararıyla çözmeye yönelik olarak hükümdarların elçilerinden oluşan bir meclisin sürekli toplantılar yapmasını önermiştir<sup>13</sup>. Yine William Penn 1693 yılında, “Avrupa’nın Şimdiki ve Gelecekteki Barışı Üzerine Deneme” adlı eserinde, bir Avrupa Parlamentosunun kurulmasını ve bu Parlamentaoya Rus ve Osmanlı temsilcilerin de katılarak sorunları konuşup çözüme bağlamalarını önermiştir<sup>14</sup>. Ancak bütün bu ve benzeri gönüllölük temelinde kıtayı birleştirme proje ve önerileri sadece düşünce planında kalmış; gerçek hayatta İkinci Dünya Savaşı sonrasına kadar devamlı olarak tek taraflı tahakküm temelinde Avrupa’yı birleştirme girişimleri uygulanagelmıştır.

## ***2. Savaş Sonrası Dönem: Avrupa’nın Zor Zamanları***

Avrupa kıtası, Avrupalı devletlerin güç mücadelesine yönelik olarak adından dünya savaşı diye bahsettiren büyük çaplı iki savaşa sahne olmuştur. Avrupa açısından her iki savaş da ağır tahribatlara neden olmuştur. Bu savaşlarla birlikte kıta sosyal, ekonomik, askeri, siyasal ve hatta psikolojik açılardan derin sarsıntılar, kırılmalar ve ciddi krizler yaşamıştır.

İkinci Dünya Savaşını müteakip Birleşmiş Milletler kurularak evrensel düzeyde barışı koruma misyonu ile görevlendirilmiş olsa da, savaş sonrası dönemin hiç de barışçı olmadığı görülecektir. Bu gergin durum kendisini en çarpıcı bir şekilde Avrupa’da hissettirmiştir. Oluşmaya başlayan iki kutuplu uluslararası sistem ilk etkilerini Avrupa’da göstermiş; hatta iki kutuplu sistemin soğuk savaşı, özellikle Avrupa kıtası üzerinde ve uğruna cereyan etmiştir. Avrupa “mutat Avrupalı” olmayan iki güç durumundaki ABD ve SSCB arasında tam ortasından “Doğu Avrupa” ve “Batı Avrupa” şeklinde parçalanmış ve bu iki gücün nüfuz alanı haline getirilmiştir.

---

<sup>12</sup> GÜRKAYNAK, s. 50.

<sup>13</sup> MERAY Seha L., Uluslararası Hukuk ve Örgütler, Ankara 1977, s. 29.

<sup>14</sup> MERAY, s. 31.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan bu bölünmüş Avrupa tablosu içerisinde, Batı Avrupa bir taraftan mevcut iki kutuplu yapıyı veri olarak kabul ederek, ABD patronajındaki NATO şemsiyesi altında güvenlik endişelerini karşılamaya çalışırken<sup>15</sup>; diğer taraftan da, özgün bir “Avrupa” yapılması ortaya çıkararak, günün birinde kıtanın bölünmüşlüğünü ortadan kaldıracak bir zemin oluşturma arayışlarını sürdürmüştür<sup>16</sup>. Batı Birliği, Brüksel Paktı, Benelüks Birliği, Avrupa Savunma Topluluğu ve nihayet Batı Avrupa Birliği bu tür girişimlere verilebilecek belli başlı örneklerdendir<sup>17</sup>. Bu girişimlerden somut bir sonuç elde edilemeyince; üstelik Avrupa Savunma Topluluğu ile ilgili Fransa’da olduğu gibi bazı üye ülke kamuoylarınınca sert tepkilerle karşılanınca, henüz hatıraları taptaze duran yıkıcı savaşların Avrupa halklarını ne kadar derinden etkilediği; halklar arasında husumet ve güvensizlik duygularının halen ne kadar canlı bir şekilde devam etmekte olduğu anlaşıldı. Bu ruh ikliminin hakim olduğu bir ortamda, siyasi ve askeri işbirliği zemininde Birleşik Avrupa’yı inşa etmenin isabetli bir yöntem olmadığı; bunun yerine ekonomi gibi nispeten daha sorunsuz olan alanlarda işbirliği yaparak, buralarda edinilecek olumlu tecrübelerin zamanla siyasi ve askeri alanlara da taşınmasının daha elverişli bir bütünleşme yöntemi olacağı değerlendirildi<sup>18</sup>. Bunu müteakip ekonomik işbirliği doğrultusunda konseptler geliştirmeye başlandı<sup>19</sup>.

Avrupa’da ekonomi eksenli işbirliğini başlatma arayışları ile ABD’nin Batı Avrupa’nın Sovyet yayılmacılığına karşı korunmasına yönelik NATO’yu kurması ve Batı Almanya’yı da Batı savunmasına entegre etme düşüncesiyle Almanya’nın silahsızlandırılması politikasını gözden geçirmeye başlaması aynı zaman kesitine tekabül etmektedir. Batı Almanya’nın tekrar silahlandırılacak olması, komşusu Fransa bakımından sükunetle karşılanması asla mümkün olmayan bir durumdu. Fransa açısından bir taraftan sanayi altyapısını rehabilite etmesine müsaade edilen, öbür taraftan da silahlanması için yeşil ışık

<sup>15</sup> MOR Hasan, “AB’nin Güvenlik Politikasında Sorunlar Mı Var?”, Yeni Yüzyıl, 16 Temmuz 1995.

<sup>16</sup> WOYKE Wichard, Europäische organisationen: eine Einführung, München; Wien 1995, s. 55.

<sup>17</sup> Avrupa’da savunma ve güvenlik yapılanmalarının ortaya çıkışıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRKER, s. 50 vd; GÜRKAYNAK, s. 29 vd.

<sup>18</sup> BORCHARDT Klaus-Dieter, Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Heidelberg 1996, s. 25.

<sup>19</sup> GASTEYGER Curt, Europa zwischen Spaltung und Einigung 1945 bis 1993, Bonn 1994, s. 54.

yakmaktan da öte teşvik görmeye başlayan bir Almanya yeniden ciddi bir tehdit olarak algılanmaktaydı. Avrupa'nın bölünmüş ve etkisizleştirilmiş hali yeterince can sıkıcı ve aşağılayıcı bir durum iken<sup>20</sup>; buna bir de muhtemel Alman tehdidi eklenmiş olması Fransa için dayanılır gibi değildi. Fransa bu kaygılarla, söz konusu meydan okumalara, karşı konseptler üretme arayışlarına yönelmiştir<sup>21</sup>.

### **3. AB Mimarisinin Temeli: 1951 AKÇT**

Avrupa'nın içler acısı durumu ve Almanya'dan gelebilecek tehdidi bertaraf etmeye yönelik Fransız çabaları nihayet somut bir sonuç verdi. 1950'de Fransız Planlama Dairesi başkanı Jean Monnet, dışişleri bakanı Robert Schuman'a Fransa'yı söz konusu dilemmadan kurtaracak olan çalışmasını sundu. Fransa Dışişleri Bakanı Schuman sonradan kendi adı ile "Schuman Planı" olarak literatüre geçecek olan planı ilan etti.

Bu plana göre, iki önemli temel savaş girdisi durumundaki Kömür ve Çelik, ülkelerin temsilcilerinden oluşan ve fakat milletler üstü niteliğe sahip ortak bir kurulun yetkisine bırakılacaktı. Burada kömür ve çelik üretimini denetleyecek olan yapının "uluslararası" değil "uluslarüstü" bir örgüt olarak düşünülmesi son derece anlamlıdır. Günümüz AB Hukukunun en temel ayırt edici özelliği olan "uluslarüstü" niteliğinin daha o zamandan tasarlanan bilinçli ve işlevsel bir tercihi yansıttığı görülmektedir. Böylece, esasında Fransa bir taraftan Almanya'dan gelebilecek bir tehdidin önünü kesmiş, bir anlamda Almanya'yı sınımsız kontrol altına almış olacak, diğer taraftan da Avrupa'yı içerisine düşüğü bu zavallı durumdan kurtarabilecek; ileride siyasal alanlara da teşmil edilebilecek uzun vadeli bir bütünleşme sürecinin ilk temel taşı koymuş olacaktı. Özetle, kıtayı birleştirmeye yönelik işbirliği alanları seçilirken ekonomi gibi tarihi yaraları en az tazeleme ihtimali bulunan bir alandan başlanmış olacaktı<sup>22</sup>. Böylece hem ülkeler iki temel savaş girdisiyle ilgili yetkileri her birinin içerisinde bulunduğu ve fakat tamamının üstünde yetkilere sahip ortak bir idareye devrederek güvenlik bakımından birbirlerinden emin hale gelecekler; hem de bu iki önemli endüstriyel girdiyle ilgili işbirliği yaparak, bunun olumlu ekonomik sonuçlarından faydalanacaklardı.

---

<sup>20</sup> BORCHARDT, s. 2.

<sup>21</sup> DEDEOĞLU, s. 48.

<sup>22</sup> BORCHARDT, s. 7.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

Fransa'nın oldukça işlevsel olan bu planına Almanya dünden razıydı. Zira, işgal ülkesi statüsü altında tartışmalı olan egemenliğini, bu yolla telkin edeceği güven zemini üzerinde peyderpey tekrar elde ederek, Avrupa ailesinin egemen eşit bir üyesi haline gelebilmeyi ummaktaydı. Hatta ıslah ve terbiye edilerek Avrupa çatısı haricinde hiçbir gelecek tasavvuruna sahip olmadığı ve olmayacağı konusunda yeterli bir inandırıcılık kazandırılabilirse, bu güven zemini üzerinde günün birinde belki bölünmüş olan iki Almanya'yı birleştirerek birliğini tekrar tesis etmek de mümkün olabilecekti.

İngiltere açısından buna yapılacak bir itiraz yoktu. Zira daha 1946'da başbakan Churchill, yaptığı meşhur konuşmasında kendi ülkesini işin dışında tutarak, Avrupa Birleşik Devletleri için ilk adımın bir ortaklık oluşturmaya yönelik Fransa ve Almanya tarafından atılması gerektiğini çoktan söylemiş bulunmaktaydı<sup>23</sup>.

Bütün bu veriler birlikte ele alındığında, esasında Fransa'nın ortaya attığı Schuman Planı'nın bütün yönleri ile son derece akıllıca düşünülerek tasarlanmış, oldukça işlevsel bir konsept olduğu anlaşılacaktır. Kaldı ki sonuçları itibariyle bugün bu artık bir olgudur.

Bu atmosfer içerisinde, 1951 yılında Paris'te Fransa, Almanya, Hollanda, İtalya, Belçika ve Lüksemburg Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Andlaşmasını imzalayarak, 1952'de yürürlüğe girmesini kararlaştırdılar<sup>24</sup>. İşte bu andlaşma ile birlikte günümüzde Avrupa Birliği (AB) olarak ortaya çıkan ve Avrupa'nın tarihinde hiçbir zaman benzerine rastlanmamış derecede derin ve ileri bir işbirliği düzeyini ifade eden Avrupa bütünleşmesinin temeli böylece atılmış oldu. Ama unutmamak gerekir ki, söz konusu olan henüz sadece kömür ve çelik gibi iki metada işbirliğini düzenleyen bir ekonomik andlaşmadır.

### *4. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Doğuşu: 1957 Roma Andlaşması*

Yukarıda belirtilen ve "İlk Altılar" şeklinde Avrupa bütünleşme terminolojisine geçen devletler, AKÇT'nin kısa sürede oldukça başarılı sonuçlar doğurmasının verdiği cesaretle, aralarındaki işbirliğini daha da genişletmeyi kararlaştırarak, 1957 yılında İtalya'da Roma Andlaşmasını imzaladılar.

<sup>23</sup> ÜLGER İrfan Kaya, Avrupa Birliğinde Siyasal Bütünleşme. Ortak Dış ve Güvenlik Politikasının Oluşumu, Ankara 2002, s. 50.

<sup>24</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GASTEYGER, s. 60.



Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'dan oluşan *İlk Altıları*, Roma Andlaşması'nı yapmaya götüren, sürükleyici dinamikler, motivasyon ve hedeflerde belli farklılıklar olmakla birlikte<sup>25</sup>, bütün yollar aralarındaki ekonomik işbirliğini daha da geliştirip derinleştirmeye çıkmaktaydı. Bir kere bütün taraflar, Avrupa'yı bütünleştirme hedefinin önemi konusunda hemfikirdiler. Kıtanın bütünleştirilmesinde ekonominin lokomotif rolü oynaması ve burada sağlanan bütünleşme zemini üzerine zamanla siyasi ve askeri alanlarda da bütünleşmenin inşa edilebileceği hususu tarafların hemfikir oldukları diğer bir başka konu durumundaydı<sup>26</sup>. Bu andlaşma ile birlikte, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ile ortak ticaret ve gümrük politikası tesis etmeyi amaçlayan Avrupa Ekonomik Toplulukları Andlaşmaları gerçekleştirildi. Böylelikle bir uluslararası örgüt olarak Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ortaya çıkmış oldu.<sup>27</sup>

Böylece 1951 Paris AKÇT Andlaşması'na taraf olan *Altılar*, 1957 Roma Andlaşması ile taraflar arasında atom enerjisi alanında her türlü işbirliğini amaçlayan Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (EURATOM) ve ekonomik bütünleşmeyi amaçlayan Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) şeklinde iki örgüt daha kurmuşlardır. Bu iki yeni örgütte de esas itibariyle AKÇT'nin örnek alındığı ve her iki örgütte de “uluslarüstü” karakteristiğinin benimsendiği dikkat çekmektedir. Hatta bu andlaşma ile AKÇT için ihdas edilmiş olan Parlamento ve Adalet Divanı'nın EURATOM ve AET için de faaliyette bulunmasının kararlaştırıldığı görülmektedir. Daha sonra 1965'te imzalanan Füzyon Andlaşması ile her üç örgütün de organları birleştirilerek tamamen ortak bir yapının oluşturulduğu ve böylece teorik olarak Avrupa Topluluğu'nun (AT), çatı bir uluslararası örgüt olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Ancak bu yapının 1986 Avrupa Tek Senet Andlaşmasına kadar Avrupa Topluluğu (AT) olarak değil, Ortak Pazar veya Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) olarak adlandırıldığı ve esas itibariyle literatürde de bu şekilde geçtiği görülecektir.

Roma Andlaşması'na bakıldığında<sup>28</sup>, Avrupa bütünleşmesiyle ilgili hedef olarak AET'nin daha fazla Avrupa ülkesini aralarına katmak anlamında coğrafi bakımdan yayılmayı amaçlayan “genişleme”; işbirliği alanlarını arttır-

<sup>25</sup> BEUTLER Bengt; BIEBER, Roland; PIPKORN Jörn; STREIL Jochen, Die Europäische Gemeinschaft. Rechtsordnung und Politik, Baden-Baden 1987, s. 33.

<sup>26</sup> WOYKE, s. 54.

<sup>27</sup> HARBRECHT Wolfgang, Die Europäische Gemeinschaft, Stuttgart 1984, s. 34.

<sup>28</sup> GASTEYGER, s. 151.



## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

ma ve yoğunlaştırmayı ifade eden “derinleşme” şeklinde Avrupa bütünleştirmesini iki boyutlu temel bir sütun üzerine bina etmek istediği görölmekteydi. Nitekim, müteakip dönemde günümüze kadar, Avrupa entegrasyonunun bu iki entegrasyon boyutu üzerinde gelişim seyrini sürdürdüğü görölmüştür.

Roma Andlaşması’nda, doğrudan herhangi bir siyasal veya askeri amaçtan bahsedilmeyip, ekonomi alanında katılımcı ülkelerin ekonomilerinin bütünleştirilmek istendiği görölmektedir<sup>29</sup>. Bunun için 12 yıllık bir zaman zarfında ülkeler arasında gümrük birliğinin kurulması, Avrupa halkları arasında güçlü bir birliğin kurulması amacıyla yönelik kapsamlı bir altyapının inşa edilmesi, Avrupa’yı ekonomik olarak bölen bölgelerarası gelişmişlik farklarını ortadan kaldırmaya yönelik ortak tedbirler almak, Avrupa halklarının çalışma şartlarını ve refah düzeylerini yükseltici gayretleri koordineli olarak sürdürmek, haksız rekabete imkan tanımayacak önlemleri birleştirmek, ortak ticaret politikaları oluşturarak dünya ticaretinin önündeki engellerin kaldırılması için ortak çalışmalar yapmak, ortak bir Avrupa pazarı kurmak, tarım alanında yine ortak bir pazara yönelik mekanizmaların tesisi ve en nihayet Avrupa’da birliği sağlamaya yönelik kendi amaçlarını benimseyen diğer Avrupa halklarını da ortaklığa dahil edecek şekilde katılım mekanizmalarını açık tutmak olarak ekonomik hedefleri özetlemek mümkündür<sup>30</sup>. Burada doğrudan herhangi bir siyasal hedefe yer verilmiyor olması, oluşumun siyasal bir hedefe sahip olmadığı anlamına gelmediğini tekrarlamaya gerek yoktur. Zira bu zaten bilinçli ve sistematik olarak benimsenmiş bir bütünleşme konseptidir<sup>31</sup>.

Bir örgüt olarak AET’yi kuran Roma Andlaşması, 1958’de yürürlüğe girdikten sonra kısa zamanda dikkate değer başarılar kaydetmiştir<sup>32</sup>. Bu kayda değer başarıların görülmesiyle birlikte başlangıçta AKÇT ve AET projelerinin dışında kalarak bir nevi bunlara nazire olarak Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi EFTA’yı kuran İngiltere, 1963 yılında AET’ye katılım başvurusunda bulundu. İngiltere’nin bu girişimi, esasında AET’nin kısa zaman içerisinde başarısının tescili anlamına gelmekte idi. Artık AET’nin Avrupa bütünleşmesi bakımından bir çekim alanı haline geldiği açıkça kabul ediliyordu. Avrupa bütünleşmesinin gelişim çizgisinde genişlemeyle ilgili ilk ciddi gelişme

<sup>29</sup> BORCHARDT, s. 6.

<sup>30</sup> Roma Andlaşmasının hedeflerine dair geniş bilgi için bkz. [http://www.europa.eu/scadplus/treaties/eec\\_de.htm](http://www.europa.eu/scadplus/treaties/eec_de.htm)

<sup>31</sup> WOYKE, s. 54.

<sup>32</sup> BORCHARDT, s. 9; WOYKE, s. 55.

olan İngiltere'nin bu başvurusuna Fransa Cumhurbaşkanı de Gaulle muhalefet ederek, genişlemeyle ilgili bu ilk ciddi teşebbüsü sonuçsuz bırakmıştır.

Yine, de Gaulle Fransası, 1960'lı yılların ortalarına doğru, AET organlarının "uluslarüstü" statüsü ve oy çokluğu ile karar alınabilmesini AET'nin, salt ulusal egemenlik alanına giren konulara da burnunu sokabileceği gerekçesini öne sürerek bir müddet toplantılara katılmamıştır. "Boş Sandalye Politikası" kavramı ile Avrupa bütünleşme literatürüne geçen bu tutum, örgütü bloke ederek, Avrupa bütünleşme çizgisinde derinleşme boyutunda ilk ciddi krizin yaşanmasına sebep olmuştur. Daha sonra önemli kararların oybirliği ile alınması benimsenerek, derinleşmeyle ilgili bu ciddi kriz aşılabilmektedir<sup>33</sup>.

İngiltere'nin tam üyelik müracaatı 1967'de ikinci defa, yine de Gaulle muhalefeti yüzünden sonuçsuz kalmış ve bu ikinci reel genişleme ihtimali de akamete uğramıştır.

1965'te imzalanan ve 1967 yılında yürürlüğe giren Füzyon Andlaşması ile AKÇT, EURATOM ve AET organları tam olarak tek bir çatı altında birleştirilerek<sup>34</sup> Avrupa Topluluğu'nun (AT) kurulduğu görülmektedir. Fransa'nın çıkardığı "Boş Sandalye" krizi de bu çerçevede aşıldıktan sonra AET başarı grafiği hızla yükselmekte; diğer bir anlatımla AKÇT, EURATOM ve AET andlaşmalarında amaçlanan ekonomik hedefler süratle gerçekleştirilmektedir.

***Özetle 1970'lere gelindiğinde, Avrupa bütünleşmesi ile ilgili olarak derinleşme boyutunda fazlasıyla cesaret verici gelişmeler kaydedilmiştir. Ancak bütünleşmenin genişleme boyutu, Fransız Cumhurbaşkanı de Gaulle'ün, ilki 1963 ve ikincisi 1967'de olmak üzere iki defa İngiltere, Danimarka ve İrlanda'nın AET'ye giriş müracaatlarını veto etmesinden dolayı akim kalmıştır. Buna rağmen bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu dönemde Avrupa bütünleşme konsepti kesinlikle başarılı bir şekilde mesafe kat etmiştir.***<sup>5</sup> ***Avrupa Bütünleşmesinde Yeni Açılımlar: 1970 Avrupa Siyasi İşbirliği Andlaşması (ASİA)***

Daha Roma Andlaşması yürürlüğe girdikten bir yıl sonra de Gaulle, ekonomik alanda kaydedilen başarılarından da güç alarak AET'ye politik bir misyon yüklemişti. De Gaulle'e göre bir anlamda Avrupa bütünleşmesi siyasal alanları da kapsayacak şekilde derinleştirilebilirdi ve derinleştirilmeliydi.

<sup>33</sup> WOYKE, s. 55.

<sup>34</sup> BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL, s. 34.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

De Gaulle'ün bu düşüncesinin altında aslında AET içerisinde öncü bir rol oynayan Fransa'yı daha da etkili kılmak yatmaktaydı. Hatta Fransa büyükelçisi 1961'de kendi adı ile anılan Fouchet Planı'nı<sup>35</sup> sunmuştu. Daha sonra II. Fouchet Planı da sunulacaktı. Bu planlar esas itibariyle Avrupa bütünleşmesine siyasal bir boyut katmayı öngörmekteydi. Müşterek çıkarların AET düzeyinde koordine edilmesine yönelik ortak dış politika tutumlarının geliştirilmesi, ortak bir savunma politikası oluşturularak güvenlik konusunda da işbirliğine yönelmesi, ortak kültür, demokrasi ve insan haklarının birlikte savunulması ve bütün bunların kurumsal altyapısını da kapsayan siyasal işbirliği amaçlanmaktaydı. NATO ve ABD'nin Avrupa'daki konum ve rolleri başta olmak üzere, farklılaşan anlayış ve çıkarlar, Fransa'nın ortaya attığı "Siyasal Avrupa" konseptinin rağbet görmesini engelleyerek, bu alanlardaki işbirliğin ertelenmesine yol açmıştı.

Fransa'da, de Gaulle'ün siyaset sahnesinden çekilerek AET genişlemesinin önündeki engelin kalktığı bir dönemde<sup>36</sup> ekonomik alanda gerçekleşen oldukça başarılı işbirliği de değerlendirilerek, işbirliği alanlarını siyasal alana da kapsayacak şekilde genişletmek kararı alınmış ve 1970'te Avrupa Siyasal İşbirliği Andlaşması (ASİA) imzalanmıştır<sup>37</sup>.

Bu andlaşma esas itibariyle üye ülkeleri kesin bir taahhüde sokmazsınız, devamlı olarak görüşmelerde bulunup, fikir alışverişi yapmak suretiyle dış politikada ortak tutum ve işbirliği sağlamayı amaçlamıştır. Bu amaca yönelik kurumsal alt yapı olarak da Avrupa Siyasal İşbirliği mekanizmasının oluşturulmuş, bu mekanizma içerisinde dışişleri bakanları yılda iki defa; siyasi komitenin de dört defa toplanması kararlaştırılmıştır<sup>38</sup>. Nihai amaç ise esasında işbirliğini ekonomi dışı alanları da kapsayacak şekilde genişleterek Avrupa bütünleşmesini derinleştirmektir. Andlaşmayı müteakip dönemde bu yöndeki çalışmaların sürdürülerek geliştirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır<sup>39</sup>.

De Gaulle'ün siyasetten çekilmesinin ardından İngiltere, Danimarka ve İrlanda ile katılım andlaşması imzalanarak 1 Ocak 1973 tarihinde bu ülkeler

<sup>35</sup> BORCHARDT, s. 9.

<sup>36</sup> ÜLGER, s. 64.

<sup>37</sup> REMMERT Michael, Westeuropäische Zusammenarbeit in der Sicherheits- und Verteidigungspolitik. Positionen von Regierung und Koalitionsparteien der Bundesrepublik Deutschland (1982-1991), Baden-Baden 1994, s. 12.

<sup>38</sup> GASTEYGER, s. 397.

<sup>39</sup> BORCHARDT, s. 10.

AET'ye üye kabul edildiler. Böylece, AET kuruluşundan beri ilk önemli genişlemeyi gerçekleştirerek üye sayısını dokuza çıkardı. Bu genişleme Avrupa bütünleşme sürecinde altı çizilmesi gereken önemli bir kilometre taşı anlamına gelmektedir.

1970'te ASİA'yı imzalatarak siyasal alanları da işbirliğine dahil edecek kadar cesaret verici olan ileri ekonomik bütünleşme düzeyi, 1973 dünya petrol krizinin etkisiyle duraklama ve hatta geriye gitme durumunda olmuştur<sup>40</sup>. Bu durum, Avrupa bütünleşme sürecinde dünya enerji güvenliği gibi global sorunların ne derece etkili olduklarını açıkça gözler önüne seriyor olması bakımından oldukça anlamlıdır. Bu anlamlılığın günümüzde çok daha önemli hale geldiği ara tespitini yaparak, AB'nin bugün bir türlü bütün boyutları ile hakkınca idrak edemediği global ölçekli roller oynama vizyon ve yeteneğinin, ne kadar önem taşıdığına dair oldukça güçlü bir göstergeyi temsil etmekte olduğunu ifade etmek gerekir.

1970'li yılların sonlarına kadar devam eden bu duraklamanın ardından, 1981 yılında Yunanistan ile katılım müzakereleri sonuçlanarak bu ülkenin tam üyesi olması ile birlikte AET ikinci genişlemesini yaşamıştır.

Bu gelişme Avrupa bütünleşme süreci bakımından olumlu bir durumu ifade etmekle birlikte, Türkiye'nin bütünleşmenin bir parçası olma hedefi bakımından olumsuz bir gelişmeye işaret eder. Zira bu tarihten itibaren Türkiye-AET ilişkilerinde "ilişkileri Yunanistan ile paralel ve dengeli götürme" geleceğinin ortadan kalktığı görülür. Yunanistan AET'nin içinde bir ülke olarak, devamlı bir şekilde ikili ihtilaflarda AET üzerinden Türkiye'ye baskı kurarak, Türkiye'nin AET ile ilişkilerini bloke edici bir rol oynamıştır. Bugün artık Yunanistan'ın bu tutumunun neredeyse klasikleşmiş bir dış politika yöntemine dönüştüğünü dahi söylemek mümkün hale gelmiş bulunmaktadır.

### ***6. Global Parametrelerde Değişim Eğilimine Bir Cevap: 1986 Tek Senet Andlaşması***

Esasen 1970 tarihinde oluşturulan ASİ mekanizması öngörüldüğü şekilde devletlerin dış politika alanında ileri işbirliği düzeylerine ulaşarak ortak bir Avrupa siyasal tutumunun sergilenmesi boyutlarında bir başarıyı sağlamamıştır. Ancak günümüzde AB diye anayasası bile konuşulan ileri bir entegrasyon hareketi söz konusuysa ve bu entegrasyonun önemli bir ayağını kaçı-

<sup>40</sup> GASTEYGER, s. 398.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

nılmaz olarak savunma ve dış politika gibi siyasal bütünleşme boyutu oluşturmaktaysa, bunun ASİ mekanizması zemininde gerçekleştirilen çalışmalara borçlu olunduğu açıktır. Avrupa bütünleşme mimarisinin siyasal direğinin temelini ASİ oluşturmaktadır. Zira ortak dış politika ve güvenlik politikalarında “tek bir ortak Avrupa sesi” anlamında hemen somut sonuçlar doğurmamış olsa bile, müteakip dönemde Tek Senet Andlaşması, Maastricht Birlik Andlaşması, Amsterdam Andlaşması, Nice Andlaşması, Konvansiyon Andlaşması ve nihayet Reform Andlaşması ve diğer bütün bu andlaşmalar oldukça önemli bir siyasal bütünleşme boyutuna sahip olmuşlardır. Aslında bütün bu andlaşmalar, görece yeni olan bu boyutları itibariyle dikkat çekmiş, global bir aktör olarak “Avrupa Birleşik Devletleri” potansiyeli üzerine ilgi ve tartışmalar yoğunlaşmıştır<sup>41</sup>. Bu durum Avrupa bütünleşme süreci içerisinde ileri derecede önem arz etmektedir. Vurgulanmaya çalışılan da, ASİ mekanizması çerçevesinde Topluluğun siyasal işbirliğini geliştirmeye yönelik olarak, Davignon Raporu, Kopenhag Raporu, Paris Zirvesi, Tindemans Raporu, Genscher-Colombo Girişimi, Stuttgart Bildirisi gibi önemli aşamalardan<sup>42</sup> sonra Tek Senet Anlaşmasında, siyasal işbirliğinin bir *birincil hukuk* niteliğindeki kurucu hukuk metninin parçası haline gelebilmiş olmasıdır. Bu durumun da, bir anlamda Tek Senet Andlaşmasının Avrupa bütünleşme sürecindeki önemliliğinde belirleyici bir etkiye sahip olmasıdır<sup>43</sup>.

Hemen burada 1975’ten itibaren hükümet ve/veya devlet başkanlarından oluşan Konseyin oluşturularak özellikle siyasal alanlarda kriz çözücü ve istikrar sağlayıcı bir mekanizma haline getirilmesini de bütünleşme ile ilgili yine önemli bir gelişme olarak kaydetmek gerekir<sup>44</sup>.

Yine ilk defa 1979 yılında Avrupa Parlamentosunun doğrudan seçimlerle oluşturulmasını ve Topluluk karar alma mekanizması içerisindeki etkisinin artırılmasını, Avrupa halkları arasında Avrupalılık ortak bilincinin güçlendirilmesi ve Topluluğun siyasal meşruluğuna katkıda bulunucu etkileri itibariyle önemli bir gelişme olarak saymak gerekir<sup>45</sup>.

1980’li yılların ortalarına doğru yaklaşılırken, Sovyetler Birliği’nde Komünist Parti Genel Sekreterliğine Michail Gorbaçov getirilmiştir. Bu genç

<sup>41</sup> ÖZER, s. 73 vd.

<sup>42</sup> REMMERT, s. 29 vd.; ÜLGER, s. 64 vd.; WOYKE, s. 57.

<sup>43</sup> GASTEYGER, s. 364.

<sup>44</sup> WOYKE, s. 56.

<sup>45</sup> TEZCAN Ercüment, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Ankara 2005, s. 9.

lider en son Amerika Birleşik Devletleri'nin ortaya attığı “Yıldızlar Savaşı” projesi karşısında Sovyetler Birliği'nin bunu karşılayacak bir mukabil konsept üretmeyeceğini kabullenerek, Sovyet sisteminin tıkanığını ilan etmiştir. Sistemdeki tıkanıklığı aşmaya yönelik “*Açıklık*” (Glasnost) ve “*Yeniden Yapılanma*” (Perestroika) politikalarını ortaya atmıştır. Kısa süre içerisinde Sovyet sistemini Gorbaçov'un da kurtaramayacağı anlaşılmıştır. Bunun neticesinde Sovyetler Birliği'nin havlu atma durumuna gelmesinden dolayı, artık İkinci Dünya Savaşından beri devam etmekte olan iki kutuplu uluslararası sistemin değişmeye yüz tuttuğuna dair sinyaller daha da güçlenmişti<sup>46</sup>. Bu sinyallerin tam olarak neyi işaret etmekte olduklarının Avrupalı siyasal aktörlere hangi isabetlilikle okunabilmiş olduğu ve/veya ne kadar önemli aktörün gelişmelerin nasıl sonuçlanacağına dair ne kadar öngöründe bulunabildikleri pek bilinmez. Ancak iki kutuplu uluslararası sistemde her halükarda bir şeylerin değişmeye yüz tuttuğunun farkında olmayan yok gibiydi. Bu ruh iklimi içerisinde ve muhtemelen etkisiyle de, 1985'te AET yeni bir konsept üzerinde mutabık kalarak 1986'da Avrupa Tek Senet Andlaşması'nı (ATSA) imzalamıştır.

Aynı yıl İspanya ve Portekiz de AET'ye katılmışlardır. Bu yeni katılımlarla birlikte, AET'nin üye sayısını on ikiye çıkartmak suretiyle Avrupa bütünleşmesinin üçüncü genişlemesini gerçekleştirdiğini hemen burada kaydetmek gerekir.

1986'da imzalanıp 1987'de yürürlüğe giren Avrupa Tek Senet Andlaşması, Avrupa bütünleşme süreci bakımından büyük önem taşımaktadır. Avrupa bütünleşme sürecinde önemli kilometre taşlarından biri niteliğindeki bu andlaşma ile ekonomik boyutta Avrupa iç pazarını kurmak hedeflenmişti<sup>47</sup>. Bu iç pazar her türlü mal, emek, sermaye ve hizmetlerin hiçbir engelle karşılaşmaksızın, bütün üye ülke pazarlarında serbestçe hareket edebildiği bütünleşmiş bir tek pazarı oluşturmayı ana amaç edinmişti<sup>48</sup>.

Bu bütünleşmiş Avrupa İç Pazarını kurabilmek için emek, sermaye, mal ve hizmetlerin hiçbir fiziki ve teknik engelle karşılaşmaksızın serbestçe dolaşabilmeleri amaçlanmaktaydı. İfade edildiği üzere entegre bir Avrupa iç pazarının kurulabilmesinin önündeki her türlü fiziki ve teknik engelin kaldırılması kararlaştırılmıştı, ki bu, söylenildiği kadar basit bir iş değildi. Zira, söz ko-

<sup>46</sup> GASTEYGER, s. 363.

<sup>47</sup> WOYKE, s. 59.

<sup>48</sup> DEDEOĞLU Beril, “Avrupa Birliği'nin Bütünleşme Süreci II: Avrupa Birliği'nin Yakın Geçmiş”, Beril Dedeoğlu (der.), *Dünden Bugüne Avrupa Birliği*, İstanbul 2003, s. 56.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

nusu fiziki ve teknik engelleri kaldırabilmek için sadece üye ülkeler mevzuatında 282 kanunun değiştirilerek uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Mesela, bütün gümrük kontrolleri kaldırılacak, ticaret tarifeleri ile ilgili engeller kaldırılacak, katma değer vergileri ve tüketim vergileri uyumlu hale getirilecek, kişilerin hareket serbestliğine yönelik her türlü kontroller bertaraf edilecek, işgücü serbestçe hareket edebilecek, oturma, girişim, yatırım serbestliği getirilecek, hizmetlerin serbest dolaşımı sağlanacak, krediler, teşvikler, sigortacılık hizmetleri, kıymetli evrak mevzuatı, hava, demir, deniz ve kara yolları ulaşımı standartlaştırılacak, telefon, telsiz, elektronik ödeme ve işlemler ve sair iletişim standart hale getirilecek, kamu ihaleleri uyumlu hale getirilecek, dövizle ilgili bütün sınırlamalar kaldırılacak, sosyal politikalar uyumlu hale getirilecek, aynı şekilde çevre ve ulaşım, bilim ve araştırma politikaları standartlaştırılacak, para ve sermayenin serbest dolaşımı sağlanacaktır. Özetle yukarıda da ifade edildiği üzere Topluluğa üye ülke sınırları dahilinde bütün emek, sermaye, mal ve hizmetler sanki bir ulusal pazardaymış gibi serbestçe hareket edebilecek ve her türlü farklılıklar da ortadan kaldırılarak bir tek ulusal pazarmış gibi uyumlu hale getirilecektir<sup>49</sup>. Bütün bunlar Avrupa Tek Senet Andlaşması'nın ekonomi ayağı ile ilgilidir. Bu andlaşmanın oldukça önemli ve Avrupa bütünleşme süreci bakımından ise yeni, bir de siyasal boyutu vardır.

Bu andlaşmanın dibacesinde genel bir hedef olarak “Avrupa Birliğini” gerçekleştirmek amacı açıkça yazmaktadır. Bu genel hedefin esas itibariyle bir taraftan Avrupa Toplulukları amaçlarının gerçekleştirilmesi; öbür taraftan da ASİ çerçevesindeki işbirliğinin hayata geçirilmesi suretiyle büyük ölçüde sağlanacağı belirtilmekteydi. Buradan hareketle Avrupa Tek Senet Andlaşması siyasal bütünleşme ile ilgili de önemli düzenlemeler getirmektedir.

1970'lerden bu yana ASİ mekanizması çerçevesinde fiilen yürütülen dış politika pozisyonlarını uyumlaştırarak ortak bir Topuluk politikası oluşturma çaba ve girişimleri ilk defa bu andlaşma ile “Avrupa Birliğini” gerçekleştirmek amacıyla yönelik olarak kurumsal ve hukuki bir niteliğe kavuşturulmuştur<sup>50</sup>. Bu olgunun Avrupa bütünleşme süreci bakımından ifade ettiği anlamın mutlaka vurgulanması gerekir.

<sup>49</sup> WOYKE, s. 64.

<sup>50</sup> BORCHARDT, s. 13.



Bunlara ilave olarak Avrupa Tek Senet Andlaşması'nda, 1950'lerin başlarında kurulan ve fakat işlevsizlikten dolayı adeta unutulmuş bulunan Batı Avrupa Birliği (BAB) de canlandırılarak<sup>51</sup>, üye ülke dış politikalarının koordinasyonu başta olmak üzere siyasal işbirliğini geliştirmeyi sağlayacak bir kurum işlevi görmesi kararlaştırılmıştır<sup>52</sup>.

Avrupa bütünleşmesi ile ilgili bu önemli yeni açılımlarla birlikte günlük dilde ve literatürde Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) tanımlaması yerini, (bütünleşmede kaydedilen derinlik ve yoğunluğu çağrıştırarak daha kapsamlı bir işbirliğini ifade edecek şekilde) Avrupa Topluluğu (AT) kavramına bırakmıştır<sup>53</sup>.

### ***7. Avrupa Birleşik Devletleri Projesi: 1992 Maastricht Andlaşması***

1991'de Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla iki kutuplu uluslararası yapı sona ererek uluslararası sistemde yeni bir döneme girildi. İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren yaklaşık yarım asırdır varlığını sürdüren ve bu anlamda istikrar kazanmış bir yapının sona ermiş olması birçok açıdan Avrupa bütünleşmesi ile ilgili hayati önemlilikte bir kırılmaya işaret etmekteydi. Zira bu yapı zaten esas itibarıyla kıtanın bölünmüşlük ve/veya bölüşül-müşlüğü üzerine inşa edilmiş bulunuyordu. Doğu Bloku, temelde Sovyetler Birliği'nin güdümündeki Doğu Avrupa'dan; Batı Bloku da ABD güdümündeki Batı Avrupa'dan başka bir yer değildi. Kısaca iki kutuplu uluslararası sistem esasında bölünmüş Avrupa'nın üzerin(d)e oturmaktaydı. Blokların Avrupa dışındaki etki ve nüfuz alanları bu merkezlerin taktik/stratejik çevrelerinden ve manevra alanlarından öteye çok fazla bir anlam taşımamaktaydı.

Daha 1985'lerde, evvelce de ifade edildiği gibi Sovyetler Birliği'ndeki gelişmeler sistemik bir değişimin öncü işaretlerini vermekteydi. Zaten Avrupa Tek Senet Andlaşması (ATSA) böyle bir atmosferde ve belki de bu atmosferin etkisiyle gerçekleşmişti. 1991'lere gelindiğinde, bir taraftan muhtemelen az çok öngörüldüğü üzere sistemik değişim gerçekleşmiş; öbür taraftan da 1986 ATSA marifetiyle, yaşanması muhtemel değişime Avrupa'yı hazırlama (Bir-

<sup>51</sup> ÜLGER, s. 70.

<sup>52</sup> REMMERT, s. 40.

<sup>53</sup> Gerçi 8 Nisan 1965 tarihinde Brüksel'de imzalanan Füzyon Andlaşması ile birlikte AET yerini Avrupa Toplulukları'na bırakmış olmakla birlikte; bundan sonra da bu oluşum AET olarak adlandırılmaya devam etmiştir. Burada AKÇT, Euratom, AET organlarının ortak faaliyet göstermelerinin amaçlandığı ve böylece bu yapının zaten Avrupa Topluluğu şeklinde değil Avrupa Toplulukları olarak adlandırıldığı da dikkatten kaçmamalıdır.



## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

leşik Avrupa'yı inşa etme, altyapısını oluşturma) büyük ölçüde gerçekleşmiş bulunuyordu. ATSA'da öngörülen ekonomik hedefler gerçekleştirilerek, Avrupa İç Pazarı büyük ölçüde kurulabilmiş; bütünleşmenin siyasal işbirliği boyutu da, Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası şeklinde, BAB da canlandırılmak suretiyle Avrupa bütünleşme sürecinin hukuki yapısına dahil edilebilmişti. Özetle, Avrupa Bütünleşme Hareketi 1991'de Sovyetler Birliği'nin dağılarak iki kutuplu yapının ortadan kalkması ile birlikte ortaya çıkan vakumu, Avrupa'yı birleştirerek, bir ölçüde doldurmak anlamında büyük ölçüde hazırlıklıydı. Bu hazırlıklılık da 1992 Maastricht Birlik Andlaşması ile (belki de bir cevap olarak) ortaya konulmuştu.

Soğuk Savaşın sona erdiği bir uluslararası ilişkiler sistematiğinde, 21. Yüzyılın eşiğindeki tarihi bir dönemeç noktasında Avrupa'nın karşı karşıya olduğu büyük meydan okuma karşısında Avrupa'nın durumunu belki şöyle karikatürize ederek betimlemek mümkündür:

Avrupa'nın “tapulu arazisi üzerine”, Avrupalılara rağmen “büyük deprem” sonrası inşa edilerek bütün dünyanın idare edildiği, Avrupa açısından “ikiz gecekondur ‘kontrol’ kuleleri” çökmüştü. Bu çöküş özellikle Avrupa açısından birbirine bağlı üç hayati soruyu gündeme getirmekteydi:

1) Çöken “ikiz gecekondur kontrol kulelerinin” kurulduğu arazinin tapu maliki olan emektar mimarlar şimdi boşalmış olan bu arazide ne yapacaklardı?

2) Yeni dönemde en azından köklü bir restorasyon geçirmesi mukadder olan Küresel Köyün yeni silüetine bu emektar mimarların katkıları ne olacaktı?

3) Küresel Köyün silüetine katkıları, sahibi oldukları çöken kulelerin bulunduğu arazilerine inşa edecekleri yapının mimari ihtişam ve zarafetinden mi ibaret olacaktı? Yoksa inşa etmeye çalışacakları bu ihtişamlı yapı Küresel Köydeki bayındırlık hizmetlerinden ihaleler de alarak global mimarlık hizmetleri arz eden büyükçe bir departmana da sahip olacak mıydı?

İşte 1991'de Maastricht Andlaşması'nın hazırlıklarını yapmakta olan Avrupa Topluluğu böyle kritik bir eşikte bulunmaktaydı. Bir taraftan Sovyet hakimiyetinden kurtulan eski Varşova Paktı Doğu Avrupa ülkelerini münferit bir nüfuz mücadelesine girişmeden Avrupa bütünleşme çatısı altına dahil etmek; diğer taraftan da bütün kıtayı (Avrupa'yı) altında toplayebileceği müstahkem bir ortak Avrupa çatısı inşa etmek kritik bir dönemeçteki dünya ve böyle bir dünyada Avrupa açısından hayati bir önem taşımaktaydı. Zira bura-

da, küreselleşen dünyada, Avrupa'nın yeni dünya düzenin etkin bir global aktörü olarak, küresel uluslararası sistemin şekillenışı ve işleyişini tek başına belirlemek veya an azından buna ileri düzeyde etkin bir şekilde müdahil olmak söz konusuydu. Bunun için de, global anlamda güvenliğin tesisi ve sürdürülmesinde çok yönlü ekonomik, siyasi ve askeri açılardan belirleyici roller oynayabilecek kapasite, yetenek ve güce sahip olmak asgari bir gerekliliktir .

Avrupa bütünleşmesi açısından gelinen bu kritik eşikte, bütün bu meydan okumalara karşı Avrupa Birleşik Devletleri konsepti ile ortaya çıkmak oldukça tutarlı ve anlamlı bir tavidir. Fakat bu konsepti hayata geçirmekle ilgili büyük zorlukların olduğu görülmektedir.

1992 Maastricht Andlaşması esas itibariyle Avrupa Birliği'ni kurmayı amaçlayan bir andlaşma olarak hazırlanmıştır. Bu Birlik üç ayak veya sütun üzerine inşa edilecektir: 1) Ekonomik ve Parasal Sütun 2) Adalet ve İçişleri Sütunu 3) Ortak Dış ve Güvenlik Politikası Sütunu<sup>54</sup>.

Ekonomik ve parasal sütun zaten Avrupa bütünleşme süreci içerisinde AET ve AT aşamalarında büyük ölçüde gerçekleştirilmiş bulunmaktaydı. Adalet ve içişleri sütunu da ekonomik ve parasal sütun kadar olmasa da temel olarak belli bir altyapısı olup gerçekleştirilmesinde fazla zorluk yaşanmayacak bir sütun durumundaydı. Bu üç sütun arasında Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (ODGP) bütünleşme süreci içerisinde AT müktesebatının en mütevazı olduğu alanı oluşturmaktadır. Bilindiği üzere AT hukuk yapısına daha 1986 ATSA ile dahil edilebilmiş ve işbirliği zemini halen "milletlerüstü" değil, "milletlerarası" nitelikte olan<sup>55</sup> ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde global bir aktör rolü oynayabilecek Avrupa bütünleşmesi açısından en hayati öneme sahip bir sütunu oluşturmaktadır.

Esasında Avrupa bütünleşme sürecinde, "Avrupa Birleşik Devletleri" olarak bu süreci başarıyla tamamlamanın sıkı bir şekilde bağlı olduğu en kritik kilit sütun ODGP sütunudur denilebilir. Bundan dolayıdır ki, Maastricht Andlaşmasında ve bunu müteakip diğer andlaşmalarda en merkezi düzenleme konusu doğrudan ya da dolaylı bir şekilde siyasal bütünleşme yani bir anlamda ODGP boyutu ile ilgili olmuştur<sup>56</sup>. Buradan hareketle, makalede bu noktadan itibaren bütünleşmenin izi sürülürken ODGP ve bununla ilgili gelişmelerin seyrine de daha bir önem ve dikkat atfedilecektir.

<sup>54</sup> WOYKE, s. 66.

<sup>55</sup> ÜLGER, s. 87 vd.

<sup>56</sup> WOYKE, s. 65.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

Önemine binaen, 1991 yılında Maastricht Birlik Andlaşması'nın eşiğinde Avrupa bütünleşmesinin kısa bir değerlendirmesini yaptıktan sonra şimdi kısaca bu andlaşmanın içeriğine bakılabilir.

1991'de Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından iki kutuplu uluslararası sistemin çöktüğünün iyice anlaşıldığı bir dönemde, AT uluslararası sistemdeki yeni yapının parametrelerini dikkate almak suretiyle<sup>57</sup>, bütünleşme düzeyini daha ileriye taşıyarak siyasal birliğini gerçekleştirmek suretiyle Avrupa bütünleşmesini bir bütün olarak tamamlama kararı aldı. Bu maksatla 1992'de Maastricht Birlik Andlaşmasını imzalayarak, bu andlaşmaya 1993'te yürürlük kazandırdı.

Avrupa bütünleşme sürecinde, Tek Senet Andlaşmasından sonra diğer önemli bir dönüm noktası sayılan bu andlaşma ile birlikte AT yepyeni bir yapıya büründü. Maastricht Andlaşması'nın, "Avrupa Birleşik Devletleri" olarak tanımlanabilecek bir birleşik devlet ile sonuçlanabilecek hukuki ve kurumsal altyapıyı kurma iradesini oluşturduğu anlaşılmaktadır<sup>58</sup>. Gerçekten de bu andlaşma bütünleşme sürecinde aktedilen andlaşmaları sona erdirmemekle birlikte ciddi değişiklikler yapan ve oldukça önemli yenilikler getiren, bir anlamda ileride tasarlanan bir AB Anayasasının öncüsü niteliğinde bir andlaşmadır<sup>59</sup>. Ortaya konulan "Avrupa Birleşik Devletleri"ni inşa etme iradesi ile tutarlı bir şekilde andlaşmaya "Birlik Andlaşması" denilmiş ve bu tarihten itibaren de Avrupa Topluluğu (AT) kavramı yerine, örgüt için Avrupa Birliği (AB) kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Maastricht Andlaşması incelendiğinde, Birleşik Avrupa'nın temel olarak üç taşıyıcı sütun üzerine inşa edilmek istendiği anlaşılmaktadır. Buna, "Avrupa Birleşik Devletleri"ni çağrıştıracak düzeyde bir bütünleşme projesini oluşturan "Birliğin Üç Ayağı" demek de mümkündür<sup>60</sup>. Az önce de belirtilmiş olan Birliğin üzerine inşa edileceği bu sütunlara bira yakından bakmak gerekirse:

1) Ekonomik ve Parasal Ayak: Bu sütun, Gümrük birliği, ortak tarım politikası, ortak ticaret politikası, ortak sosyal politika, ortak sağlık politikası, ortak araştırma politikası, ortak çevre politikası, ortak tüketiciyi koruma poli-

<sup>57</sup> ÜLGER, s. 83.

<sup>58</sup> GERKEN Lüder, "Politische und ökonomische Integration in Europa", Lüder Gerken(Hrsg.), Europa 2000 Perspektive Wohin? Die europäischeIntegration nach Maastricht, Freiburg 1993, s. 28.

<sup>59</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. [http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht\\_de.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht_de.htm)

<sup>60</sup> Geniş bilgi için bkz. [http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht\\_de.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht_de.htm)

tikası, ortak eğitim ve kültür politikası, ortak telekomünikasyon politikası ve nihayet ortak merkez bankası ve para birimi politikası gibi ekonomik bütünleşme alanlarından oluşmaktadır. Sadece ana başlıkları sıralanan bu politikaların aslında AB bölgesini ekonomik olarak entegre bir iç pazar haline getirmeyi hedeflediği şüphe götürmez bir gerçektir.

2) Adalet ve İçişleri Ayağı: Bu sütun da, insan ticareti, uyuşturucu ticareti gibi organize suçlarla ortak mücadele; ortak göç ve mülteci politikası, ortak hukuk ve ceza politikası, ortak kolluk gücü politikaları gibi Avrupa'yı içişleri alanlarında bütünleştirmeyi hedefleyen işbirliği alanlarından oluşmaktadır. Genel başlıklar halinde sıralanan ortak politikalara bakıldığı zaman burada da adalet ve iç işleriyle ilgili adeta tek devlet anlamına gelebilecek bir bütünleşmeye gidilmek istendiği somut bir şekilde görülmektedir.

3) Dış Politika ve Güvenlik Politikası Ayağı: Bu sütun dış politikada ortak dış politika tutum ve davranışlarını geliştirmeye yönelik işbirliği; dünya barışının korumasına yönelik ortak çalışmalar, demokrasi ve insan haklarının yayılmasını ortak bir dış politika hedefi haline getirip bu alanda geniş işbirliği yapmak, AB üyesi olmayan devletlere, bir dış politika aracı olarak, ekonomik yardımları koordine etmek; ortak güvenlik politikası olarak da, ortak bir ordu, güvenlik politikalarını Avrupa kıtası ölçülerinde değerlendirmek ve bu alanda ortak tutumlar oluşturmak, terörle ortak mücadele politikaları geliştirmek şeklindeki alanlarda işbirliğini hedeflemektedir. Bu üçüncü ayakta "AB Dış Politikası" diye tanımlanabilecek, uyumlu ve tek ses bir dış politika formülasyonunun amaçlandığı gayet açık bir şekilde görülmektedir<sup>61</sup>. Bu andlaşma ile bütünleşme sürecinde ilk defa dış politika alanındaki işbirliğine, güvenlik politikasında işbirliği de eklenmiş olup böylece AB ortak savunma politikasına götüreceği güçlü bir temelin atıldığı anlaşılmaktadır<sup>62</sup>, ki müteakip dönemde Amsterdam ve Nice Andlaşmaları ile bu durum açıkça kendini gösterecektir.

Böylece, yukarıda ifade edilen üç ana taşıyıcı sütun üzerine inşa edilen "Avrupa Birleşik Devletleri" çatısı altında, 1951'de AKÇT ile ilk temel taşı konulan Avrupa bütünleşme sürecinin tamamlanması tasarlanmakta olup bu konudaki hedef kesinlik kazanıyordu.

Avrupa bütünleşme sürecinde derinleşmeyle ilgili, bir taraftan adeta bütünleşmeyi tamamlayıcı bu devasa final adımlar atılırken<sup>63</sup>, diğer taraftan da

<sup>61</sup> REMMERT, s. 160.

<sup>62</sup> CAŞIN/ÖZGÖKER/ÇOLAK, s. 349.

<sup>63</sup> BORCHARDT, s. 13.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

coğrafi anlamda bütünleşmeyi tamamlayıcı genişleme adımlarının buna eşlik ettiği görülmektedir. 1995'te Avusturya, Finlandiya ve İsveç ile yapılan katılım anlaşması sonucu 01.01.2005 tarihi itibarıyla AB üye sayısı on beşe çıkmış ve çoğunluğunu eski Doğu Avrupa ülkelerinin oluşturduğu on iki aday ülke ile de üyelik görüşmelerine başlanılmıştır. Bu genişleme perspektifi kelimenin tam manasıyla Avrupa'yı coğrafi olarak da birleştirme anlamına gelmektedir.

### **8. Bütünleşmenin Doğu Avrupa Genişlemesi Öncesi Pekiştirilmesi: 1997 Amsterdam Anlaşması**

Maastricht Anlaşması'nın esasen uluslararası sistemde iki kutuplu yapının sona erdiği yeni döneme Avrupa bütünleşmesinin bir cevabı olduğu belirtilmişti. Bir taraftan bütünleşmenin derinleşme boyutunda bu anlaşma doğrultusunda önemli mesafeler kat edilirken; öbür taraftan da 1995'te Batı Avrupa'nın bütünleşmenin dışında kalan üyeleri de Birliğe dahil edilerek genişleme boyutu ile ilgili de güçlü bir adım atılmıştır. Bu ara Maastricht'ten sonraki süreç içerisinde hem derinleşme ile ilgili yeni adımlar atma ihtiyacı belirmiş, hem de Soğuk Savaş sonrası dönemde Avrupa bütünleşmesi açısından fevkalade anlamlı ve önemli hale gelen Orta ve Doğu Avrupa ülkelerini içine alacak bir genişlemenin eşiğine gelmişti. Doğu Avrupa genişlemesi öncesinde, Birlik bu önemli genişleme sonrasında etkin işlerliğini sürdürebilmeye yönelik olarak Maastricht Anlaşması'nı sona erdirmeksizin, onu tamamlama ve daha da geliştirme gereği duyarak<sup>64</sup> 1997'de Amsterdam Anlaşmasını imzaladı.

01.05.1999 tarihinde yürürlüğe giren bu Anlaşma, temelde Doğu genişlemesi öncesinde çok yönlü olarak bu genişlemeye AB'yi hazırlama amacına yönelmiştir. Bu anlaşmada öncelikle bütünleşme sürecinin kurucu anlaşma maddelerinin yeniden numaralandırıldığı görülmektedir.

Anlaşmada Birliğin, özgürlük ve demokrasi ilkelerine dayandığı, insan hakları, temel hürriyetler ve hukuk devletine saygılı olduğu ve bu değerlere dayalı olarak kurulduğu özellikle vurgulanmaktadır. Ayrıca Avrupa Birliğinde belgelere erişme hakkına bir anlaşma düzeyinde ilk defa Amsterdam Anlaşması ile yer verilmiştir<sup>65</sup>. Anlaşma, Birlik içerisinde demokrasinin bir gereği olarak Avrupa Parlamentosunun kararlara etkin katılımını genişletmek

<sup>64</sup> CAŞIN/ÖZGÖKER/ÇOLAK, s. 353.

<sup>65</sup> KAYA Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2005, s. 155.

suretiyle yetkilerini artırıp Bakanlar Konseyi düzeyine yakınlaştırmaktadır. Parlamenteoya, Komisyon üyeleri ve Komisyon başkanını birlikte tayin etme yetkisi de tanınmıştır.

Amsterdam Andlaşmasında, Schengen Protokolü ile ilgili yeni adımlar atılmakta ve ekonomik bir hedef olarak istihdam politikasının ve tedbirlerinin koordine edilmesi düzenlenmektedir. AB'nin dünya genelindeki sorunlara karşı daha etkili ve güçlü bir şekilde müdahil olması amaç ve hedefi de vurgulananlar arasında yer almaktadır. Güçlendirilmiş işbirliği ve esnekliğin kurucu andlaşmalara ilave edildiği de anlaşılmaktadır.

Andlaşma ile Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikasına bazı önemli değişiklikler getirilmiştir. ODGP Yüksek Temsilciliği diye yeni bir birim ihdas edilmiş ve bu birimin başındaki kişinin AB dışişleri bakanı sıfatıyla dışa karşı Birliği temsil etmesi ve Konsey Başkanına ODGP konularında yardımcı olması öngörülmüştür. Ayrıca ODGP ile ilgili olarak Siyasal Planlama ve Erken Uyarı Birimleri oluşturularak dış politikada Birliğin etkin bir profil göstermesi planlanmıştır. AB ve BAB'ın bütünleştirilmesi karara bağlanmıştır.

AB karar alma mekanizması içerisinde, nitelikli çoğunluk ile karar alınabilecek alanlar genişletilmiştir. Ayrıca "Yapıcı Çekimserlik" diye ifade edilebilecek yeni bir mekanizma geliştirilmiş, bu sayede kararlara katılmayan devlet ya da devletler kararın alınmasını engellemeyecekleri; bu kararlar da katılmayan üyeleri bağlamamakla beraber AB için bağlayıcı nitelikte olacağı öngörülmüştür. Buna ilave olarak, büyüklerin AB Komisyonuna iki Komiser gönderme hakları bu andlaşma ile kaldırılmış bulunmaktadır.

Özetle, Amsterdam Andlaşması Avrupa Bütünleşmesi ile ilgili esas itibariyle Birlik içerisinde demokratikleşme, istihdam politikası, ortak özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı, ortak dış politika ve güvenlik politikası ile Birliğin kurumsal yapısına dair bazı önemli değişiklikler getirmek suretiyle AB'nin Doğu Avrupa genişlemesi öncesinde (böyle bir genişleme durumunda işlerliğini sürdürmeye yönelik) bütünleşmeyi pekiştirici önemli bir dizi adımlar atmıştır<sup>66</sup>.

Amsterdam Andlaşması'ndaki nihai düzenlemeler ile birlikte Avrupa'yı birleştirme hedefine yönelik ileri adımlarla biçimsel hukuki ve siyasal altya-

<sup>66</sup> DEDEOĞLU Beril, "Avrupa Birliği'nin Bütünleşme Süreci II: Avrupa Birliği'nin Yakın Geçmiş", Beril Dedeoğlu (der.), Düünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003, s. 60.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

pının büyük ölçüde oluşturulduğunu söylemek mümkündür<sup>67</sup>. O tarihten itibaren alınan birçok kararla, ortak para birimine geçmek, Avrupa Merkez Bankasını kurmak gibi bütünleşmenin “ekonomik ve parasal ayağı” ile “adalet ve içişleri ayağının” büyük ölçüde realize edildiği ve edilmekte olduğu söylenebilir<sup>68</sup>.

### *9. Amsterdam Andlaşması'nın Büyük Genişleme Öncesi İkmali: 2001 Nice Andlaşması*

Amsterdam Andlaşması 1999'da yürürlüğe girdikten sonra, Avrupa Bütünleşmesi bakımından nicelik, nitelik ve sembolik anlamlarda büyük önem taşıyan Doğu genişlemesi öncesi 25 üyeli bir Birliğin işlevsel işleyiş ve etkin çalışmasını güvence altına alma amacına yönelik kurumsal yapı ve işleyişle ilgili yeni düzenlemeler getiren Nice Andlaşması imzalanmıştır. 2003 yılında yürürlüğe giren bu andlaşmanın hem Maastricht Andlaşması'nda, Avrupa Birliğini kurmaya yönelik öngörülen hedeflerle ilgili yeni düzenlemeler getirdiği; hem de aynı şekilde Amsterdam Andlaşması'nda eksik kalan ve/veya tam açıklığa kavuşturulamamış bulunan konuların yeniden düzenlendiği görülmektedir<sup>69</sup>. Bu andlaşma her şeyden önce, ilk olarak Çek Cumhuriyeti, Estonya, Güney Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Slovakya, Slovenya'dan oluşan çoğunluğunu eski Doğu Bloku ülkelerinin oluşturduğu on ülkenin; daha sonra da Romanya ve Bulgaristan'ın ve belki de Türkiye'nin Birliğe dahil olması durumunda, 28 üyeli bir büyüklüğe ulaşacak olan AB'nin etkili bir şekilde işleyişini sağlayabilme amacına yönelik reformları içermektedir<sup>70</sup>.

Bu andlaşma ile, Amsterdam Andlaşması'nda eksik ya da yetersiz kalan konuların tamamlanması ve telafi edilmesi bağlamında Komisyon'un yapısı ve oluşumu; Konsey'deki oy ağırlığı ve nihayet nitelikli çoğunlukla karar almanın genişletilmesi konuları üzerinde yoğunlaşıldığı görülmektedir. Ancak nihai hedef Amsterdam Andlaşması'nı geliştirmek değil, bu andlaşmanın da bizatihi yönelmiş olduğu Avrupa bütünleşmesi olduğundan, Nice Andlaşması 27 üyeli bir Birliğe işlerlik kazandırıcı kurumsal reformların ötesin-

<sup>67</sup> GASTEYGER, s. 469.

<sup>68</sup> TÜRKMEN Füsün, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları”, Beril Dedeoğlu (der.), Dünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003, s. 151.

<sup>69</sup> <http://www.uni-koeln.de/wiso-fak/powi/wessels/DE/PUBLIKATIONEN/texte/Nizza-AM.pdf>

<sup>70</sup> <http://www.abvizyon.com/default.asp?abhaber=12&git=13>



de daha ileri amaçları hedeflemiştir. Bu hedef de netice itibariyle Avrupa Birleşik Devletleri tanımlamasını haklı çıkaracak bir bütünleşme düzeyini gerçekleştirmektir. Böylece Nice Andlaşması'nda kurumsal reformlara ilave olarak, Ortak Dış ve Güvenlik Politikasının daha da geliştirilmesi, Para Birliği ile ilgili kurumsal reformlar, Avrupa Parlamentosu'nun yetkilerinin arttırılması, ortak bir Avrupa Temel Haklar Şartının oluşturulması, Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği Andlaşmaları'nın daha sade, basit ve anlaşılabilir bir sistematığe kavuşturulması, Birlik ve üye ülkeler arasındaki yetki dağılımının düzenlenerek belirginleştirilmesi ve bir AB Anayasası ile sonuçlandırılacak hukuکی ve kurumsal yapının inşa edilmesi gibi Avrupa bütünleşmesini mümkün kılacak güçlü bir altyapı oluşturmak<sup>71</sup> amaçlanarak bütün kurucu andlaşmalarda önemli değişiklikler yapıldığı görülmektedir<sup>72</sup>.

Özetle, Nice Andlaşması'nın getirdiği değişiklikleri, üye sayısı yaklaşık iki kat artacak olan Birliğin işlevsel etkinliğini sağlamaya yönelik kurumsal reformlar, Amsterdam Antlaşması'nda düzenleme bakımından eksik kalan hususların tamamlanmasına dair reformlar ve daha güçlü ve derin bir işbirliğini sağlamaya yönelik reformlar olarak saptamak mümkündür<sup>73</sup>. Bu çerçevede yapılan reformlara kısaca bakmak gerekirse şunlar söylenebilir:

Avrupa Birliği Komisyonu'na 2005'ten itibaren her üye ülkenin ancak bir tane Komiser gönderebileceği; Birliğe 27. üyenin katılımı ile birlikte Komisyon'da Komiser sayısının 27'nin altında tutulacağı ve rotasyon sisteminin göre ülkelerin Komiser göndermelerinin belirleneceği kuralı getirilmiştir<sup>74</sup>.

Mevcut ve müstakbel Birlik üyesi ülkelerin Konsey'deki oy ağırlıklarının tek tek belirlendiği görülmektedir. Daha önce oybirliği ile karar alınabileceği kararlaştırılan konuların bir çoğu nitelikli çoğunlukla karar alınabilecek konular arasına sokulmuştur.

Avrupa Parlamentosu'nun ülkelere göre üye dağılımı yeniden belirlenerek, ülkelerin temsilci sayısındaki dengesizlikler kısmen giderilmeye çalışılmış ve Parlamentonun etkin çalışmasını sağlamaya yönelik olarak da top-

<sup>71</sup> Konu ile ilgili olarak daha kapsamlı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. <http://www.uni-koeln.de/wiso-fak/powi/wessels/DE/PUBLIKATIONEN/texte/Nizza-AM.pdf>

<sup>72</sup> FRITZ-VANNAHME Joachim, "Nizza ist nur der Anfang", DIE ZEIT, 12.12.2000, Nr. 50/2000.

<sup>73</sup> Ayrıntılar için bkz. [http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe\\_6.htm](http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe_6.htm)

<sup>74</sup> Bu konuda detaylı analizler için bkz. TEZCAN Arcüment, Avrupa Birliği Komisyonu, Ankara 2007, s. 93 vd.



## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

lam üye sayısı, 732 üye ile sabitlenmiştir. Ayrıca Parlamentonun yetkilerinin de arttırıldığı görülmektedir<sup>75</sup>, ki bu sağlam bir Birliğin dayanması gereken demokratik taban desteğini güçlendirici bir açılmıdır.

Öngörülen hedeflere ulaştırma konusundaki başarısı bir parça tartışmalı olan<sup>76</sup> Nice Andlaşması, onaylanma aşamasında 2001 yılında ilk referandumda İrlanda'da reddedilmesinin ardından; 2002'deki ikinci referandumda kabul edilerek 1 Şubat 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Andlaşma yürürlüğe girdikten sonra planlandığı şekilde, 1 Mayıs 2004 tarihinde Çek Cumhuriyeti, Estonya, Güney Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Slovakya, Slovenya Avrupa Birliği'ne tam üye olmuşlar ve Birlik 25 üyeli hale gelmiştir. Böylelikle en azından coğrafi anlamda Avrupa bütünleşmesi ile ilgili devasa ve sembolik anlamı oldukça büyük bir aşama daha kat edilmiştir. Zira, söz konusu bu ülkelerin Güney Kıbrıs ve Malta hariç tamamını Avrupa'nın bölünmüşlüğünü en çarpıcı bir şekilde temsil eden iki kutuplu Soğuk Savaş döneminde düşman kutup içerisinde yer alan Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri oluşturmaktaydılar.

Nice Andlaşması'nın Avrupa bütünleşme süreci içerisinde diğer bir önemi de, andlaşma imzalandıktan sonra bütünleşme ile ilgili ciddi bir umut ve cesaret verici rol oynamış olmasıdır. Bu andlaşmanın oluşturduğu güven duygusu zemininde, genişleme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel sorunlar üzerinde düşünmeye devam edilerek bu muhtemel sorunların nihai olarak önüne geçme saikiyle de olsa Avrupa Birliği Anayasası çalışmalarına başlanmasına karar verildiği görülmektedir<sup>77</sup>.

### ***10. Avrupa Birleşik Devletleri Anayasası Ya Da Krizin Ayak Sesleri: 2004 Roma AB Anayasa Andlaşması***

Avrupa bütünleşme sürecinde belki de en dikkate değer aşamaya AB Konvansiyonu bağlamında gelinmiş bulunmaktaydı. Öncelikle AB için bir Anayasa oluşturma aşamasına gelinmiş olmasının bir "Avrupa Birleşik Devletleri" inşa etme hedefi açısından son derece anlamlı göründüğünü belirtmek gerekir.

<sup>75</sup> TEZCAN(2005), s. 44 vd.

<sup>76</sup> Nice Andlaşması'nın eleştirel bir değerlendirmesiyle ilgili olarak bkz. [http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe\\_6.htm](http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe_6.htm)

<sup>77</sup> [http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe\\_7.htm](http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe_7.htm)

Aralık 2001 Laeken Zirvesinde alınan karar istikametinde 28 Şubat 2002’de Fransız eski Cumhurbaşkanı Valery Giscard d’Estain başkanlığında bir heyet Avrupa Birliği için bir kurumsal reform taslağı hazırlamak üzere görevlendirildi. Bu heyet üye ülke temsilcileri, aday ülke temsilcileri, üye ülke parlamento temsilcileri, aday ülke parlamento temsilcileri, AB Parlamentosu temsilcileri ve AB Komisyonu temsilcilerinden oluşmaktaydı. Bu kurumsal reform hazırlama heyeti uzun ve detaylı çalışmalar neticesinde kendisine verilen görevin de ötesine geçerek kapsamlı bir AB Anayasası taslağı hazırlamıştır. Hazırlanan bu Anayasa taslağı 18 Temmuz 2004’te Roma’da görkemli bir törenle kabul edilerek imzalanmış ve bir andlaşma olarak hukuki nitelik kazandırılmıştır. Üye devletlerin iç hukuklarına göre onaylandıktan sonra 1 Kasım 2006’da yürürlüğe konulması planlanan bu andlaşma ile birlikte AB böylece Avrupa Birleşik Devletleri’nin Anayasası olacak bir anayasaya sahip hale gelmişti.

AB Anayasası<sup>78</sup>, her şeyden önce kendisinin “Anayasa” olarak adlandırılmasıyla bile Avrupa bütünleşme süreci bakımından fevkalade anlamlı ve önemlidir<sup>79</sup>. Kaldı ki, AB yapı ve işleyişine getirdiği yenilikler itibariyle de bütünleşme bakımından önemli bir aşamaya geldiğine işaret etmekteydi<sup>80</sup>. Genel olarak bakıldığında, ilk önce bu andlaşma AB’yi tanımlarken “devlet” ya da “federal” gibi kavramlardan kaçınarak, kurumsal yapı ve işleyiş prosedürünü düzenlediği AB yapısını “bir toplum oluşturacak şekilde” ifadesiyle tanımlamaktaydı. Hazırlık sürecinde AB’nin federal bir yapısı olacağına belirtilmesi gerektiği şeklindeki önerilerin ne kadar tartışma başlattığı dikkate alındığında bu tanımlama anlaşılabilir bir durumdur.

Anayasa ile birlikte, bu aşamaya kadar andlaşmalar zemininde oluşturulmaya çalışılan Avrupa bütünleşmesinin oldukça karmaşık yapısından kaynaklanan etkin işleyiş zaafiyeti ve bir türlü halklarla canlı bir iletişim kuramamış olmaktan kaynaklanan demokratik meşruiyet zaafiyetini birlikte telafi etmenin merkezi bir düzenleme konusu oldukları anlaşılıyordu. Böylelikle, bü-

<sup>78</sup> Tam olarak “Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı” resmi adını taşıyan Anayasanın resmi olmayan Türkçe tam metni için bkz. Avrupa Birliği Anayasası, İlkbiz Yayınevi, İstanbul 2005.

<sup>79</sup> Bkz. SCHIRMER Gregor, “Braucht Europa ein Grundgesetz? – Angela Merkels „Fahrplan“, die Gewalt des Volkes und die rudimentäre Zivilgesellschaft”, <http://www.vip-ev.de/text253.htm>

<sup>80</sup> DEDEOĞLU Beril, “Avrupa Birliği’nin Bütünleşme Süreci II: Tarihsel Birikimler”, Beril Dedeoğlu (der.), Düünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003, s. 62.

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

tün kurucu andlaşmaları bir tek hukuki çatı altında toplayıp AB'yi daha sade, şeffaf, bütüncül, takip ve kontrol edilebilir bir yapıya kavuşturarak bütünleşmeyi bir devlete doğru daha da güçlendirmek hedeflenmekteydi.

Bu çerçevede, Anayasada devletten bahsedilmese de, AB'nin bir tüzel kişiliğe sahip olduğunun vurgulanıyor oluşu; AB bayrağı, AB marşı, AB parası, AB vatandaşlığı, AB (ulusal) günü gibi simgesel olarak devleti temsil eden değerlerin yine Anayasada tek tek sıralanmaları bu andlaşmanın "Anayasa" olarak adlandırılmasının ifade ettiği anlamı tamamlayan ve hatta daha da ileri taşıyan bir olguya işaret ettiğinin göstergesi durumundaydı<sup>81</sup>. Kaldı ki Anayasa, Birliğin ortak dış ilişkiler, güvenlik ve savunma alanlarında işbirliği ile ilgili ayaklarının geliştirilerek pekiştirilmesine yönelik olarak da bir çok prosedürel ve kurumsal mekanizmalara yer veriyordu. Anayasa, Avrupa'nın geleceğine dair genel vizyonlar çizmekten, yeni üyelerin nasıl kabul edileceğinden, üyelerin hangi durumlarda ve nasıl üyelikten çıkarılabileceğine kadar oldukça ayrıntılı düzenlemeler getiren 488 madde ve eklerden oluşan kapsamlı bir hukuk metni niteliğini taşıyordu.

Anayasada Birlik yapısını oluşturan devletlerin ulusal yetkilerinin büyükçe bir kısmının korunduğu anlaşılıyordu. Bununla birlikte, devletlerin iç pazarlarının düzenlenmesi, dış ticaretleri, tarım, çevre, balıkçılık alanlarındaki birçok ulusal yetkilerden vazgeçerek AB normlarına uymayı mecburi hale getiriyordu. Anayasa AB'nin ortak bir dış politika geliştirmesini hedefleyerek bunun için uygulanacak yöntemleri ve bunu mümkün kılacak kurumsal yapıyı düzenliyordu.

İlk defa bir AB Dışişleri Bakanı makamı ihdas ediyor ve Konsey ile birlikte Birliğin dış politikasını belirlemekle görevlendiriliyordu. Gerektiğinde üye devletlerin bu dış politikaların dışında kalabileceğini düzenliyordu. Güvenlik politikasını savunmayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlayan ve ortak bir savunma politikası oluşturmayı öngören Anayasa, NATO'nun Avrupa savunmasının temelini oluşturduğunu da vurgulamaktan uzak durmuyordu.

Anayasanın Nice Andlaşması'nda düzenlenen, oybirliği yerine nitelikli çoğunlukla alınacak karar alanlarını daha da genişlettiği görülmekteydi.

Ayrıca Anayasa Bakanlar Konseyi'nin başına uygulama bütünlüğü ve süreklilik sağlamaya yönelik iki buçuk yıl süreyle görevde kalacak olan daimi bir başkan getirmeyi düzenlemekteydi.

<sup>81</sup> ÖZER, s. 73.

Temel Haklar Şartı'nın da Anayasaya yerleştirildiği anlaşılıyordu. AB Parlamentosu'nun Komisyon<sup>82</sup> Başkanını seçmek dahil birçok alanda yeni yetkilerle donatıldığı da yine Anayasada dikkate değer bir düzenleme durumundaydı.

Birlik üyesi ülkelerce onaylandıktan sonra, Kasım 2006'da yürürlüğe konulması kararlaştırılan AB Anayasası ne var ki bu süreci tamamlayarak yürürlüğe giremedi. Zira, 29 Mayıs 2005 tarihinde Fransa'da referanduma sunulan AB Anayasası, seçmenlerin % 54,87'si tarafından reddedilmiştir. Daha sonra Hollanda'da da referanduma katılan seçmenlerin % 61,8'i Anayasayı reddetmiştir<sup>83</sup>.

Avrupa bütünleşmesi bakımından oldukça önemli olan AB Anayasasının, Avrupa bütünleşme sürecinde ilk temel taşı atanlar arasında bulunan “ilk altılar” dan olan iki ülke halkı tarafından reddediliyor olması çok daha şaşkınlık verici olmuştur<sup>84</sup>. Fransa “Schuman Planı” olarak Avrupa bütünleşme literatürüne geçmiş olan kavrama dışişleri bakanının ismini vermiş bir ülkedir ve AB içerisinde devamlı bir şekilde müşterek ya da münferit olarak lokomotif rolü oynamıştır. Bu da anlaşılabilir bir şekilde şok ve şaşkınlığı daha da arttırıcı bir faktör olmuştur.

Bu iki ülke tarafından AB Anayasası'nın reddedilmesi, Avrupa bütünleşme süreci içerisinde oldukça derin bir kırılma ve sarsıntıya işaret etmektedir. Avrupa bütünleşmesinin geleceği ile ilgili de çok yönlü tartışma ve değerlendirmeleri beraberinde getiren bu olgunun, bütünleşmeye büyük bir darbe vurduğu şüphesizdir<sup>85</sup>. Böylece bir kriz<sup>86</sup> ve belirsizlik sürecine giren Avrupa bütünleşmesi, 19 Ekim 2007'de Reform Andlaşması diye adlandırılan Lizbon Andlaşması ile sanki belirsizlik ve krizden bir çıkış eğilimi işaret ediyor gibi olmuştur.

### **11. Nekahet Ya Da Kefeni Yırtmak: 2007 Lizbon Reform Andlaşması**

2005'te önce Fransa'da, ardından da Hollanda'da yapılan referandumlarda AB Anayasası'nın reddedilmesinin ardından, Avrupa bütünleşme süreci

<sup>82</sup> Anayasanın AB Komisyonu ile ilgili getirmiş olduğu yeniliklerin ayrıntılarına dair bkz. TEZCAN (2007), s. 45 vd.

<sup>83</sup> Detaylar için bkz. [http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe\\_8.htm](http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe_8.htm)

<sup>84</sup> <http://www.eurozine.com/articles/2006-05-18-rupnik-de.html>

<sup>85</sup> FREVERT Ute, “Was ist das bloß – ein Europäer?”, DIE ZEIT 23.06.2005 Nr. 26.

<sup>86</sup> <http://www.eu-info.de/dpa-europaticker/123000.html>

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

derin bir krize girmişti. 1951’de bir çok taraflı ekonomik andlaşma ile başlayarak günümüzdeki Avrupa Birliği’ne ulaşan Avrupa bütünleşme projesi böylece nihai olarak sona eriyor olmamakla birlikte ciddi bir cesaret kırıklığı ve ivme kaybı yaşamıştı<sup>87</sup>. Zira özellikle Soğuk Savaş’ın sona ermesi ile birlikte hem derinleşme hem de genişleme perspektifi açısından Avrupa bütünleşmesi müthiş bir ivme kazanmıştı. 1992 Maastricht Andlaşması, 1997 Amsterdam Andlaşması, 2001 Nice Andlaşması ve nihayet 2004 Avrupa Birliği Anayasası ile Avrupa bütünleşmesi “Avrupa Birleşik Devletleri” doğrultusunda hızlı bir momentum yakalamıştı. Son andlaşmanın “Anayasa” olarak adlandırılması bütünleşme ile ilgili yakalanan bu momentumun salt simgesel olarak da ifade ettiği anlamı ortaya koymaktaydı. Kaldı ki, içerik olarak da bu andlaşma “Anayasa” tanımlamasını asla boşa çıkarmamaktaydı. Bir anayasa oluşturacak kadar güçlü bir bütünleşme iradesinin ortaya çıktığı bir dönemde, AB Anayasası’nın onaylanma aşamasında kurucu iki devletin halkı tarafından reddedilerek yürürlüğe konulamamış olması yaşanan hayal kırıklığının asıl sebebi olmuştur<sup>88</sup>.

Bu ara daha önce kararlaştırıldığı üzere Birlik iki eski Doğu Bloku ülkesi olan Romanya ve Bulgaristan’ı 1 Ocak 2007 tarihi itibarıyla AB’ye alarak üye sayısını 27’ye çıkarmak suretiyle bütünleşmenin genişleme perspektifinde önemli bir sıçrama daha yapılmıştır.

Avrupa bütünleşme sürecinde içine girilen bu resesyon hatta belki de depresyon dönemi iki yıl kadar devam ettikten sonra<sup>89</sup>, AB’yi bu krizden kurtarma arayışları başladı<sup>90</sup>. Birlik, Haziran 2007’deki zirve toplantısında, aslında reddedilen Anayasanın esasına fazlaca dokunmadan,<sup>91</sup> adı Anayasa olma-

<sup>87</sup> Bkz. <http://www.eurozine.com/articles/2006-05-18-rupnik-de.html#footNote1>

<sup>88</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. KRÖNİĞ Jürgen, “Die alte EU ist tot”, DIE ZEIT 21.06.2005.

<sup>89</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. [http://www.phoenix.de/eu\\_beendet\\_zweijaehrige\\_krise/151629.htm](http://www.phoenix.de/eu_beendet_zweijaehrige_krise/151629.htm); <http://diepresse.com/home/politik/eu/334118/index.do>

<sup>90</sup> Almanya’nın Birlik dönem başkanlığını yürüttüğü bir sırada Şansölye Merkel’in Anayasa’nın Fransa ve Hollanda’da yapılan referandumlarda reddedilerek yürürlüğe girmemesi sonucu Birliği içerisine düştüğü krizden bulunacak bir çözüm yolu ile çıkarmak için büyük gayret sarf ettiği ve nihayet Haziran 2007 zirvesinde Reform Andlaşması ile sonuçlanacak olan sürecin başlattığı anlaşılmaktadır. Detaylar için bkz. <http://www.eu-info.de/dpa-europaticker/117524.html>

<sup>91</sup> Reddedilen AB Anayasası’nın özünün korunduğunu Merkel övgü ile vurgulamaktadır. Bu korunan özün eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. SCHIRMER, <http://www.vip-ev.de/text253.htm>

yacak ve Anayasayı reddettiren ve krize sebep olan hususlarda esasen sembolik ve biçimsel değişikliklerin yapılacağı yeni bir metin üzerinde çalışarak Aralık 2007 zirve toplantısına sunulması konusunda mutabık kalmıştır.

Bu doğrultuda yapılan çalışmaların ardından 19 Ekim 2007 tarihinde, AB'ye üye 27 ülkenin devlet ve hükümet başkanları Lizbon'da bir araya gelerek "Reform Andlaşması" diye adlandırılan bir metin üzerinde mutabık kaldılar<sup>92</sup>. Bu andlaşma metni Birliğin dillerine çevrilerek son şeklinin verilmesinin ardından, 2007 Aralık zirve toplantısında imzalanarak resmileştirilmesi planlanmıştır<sup>93</sup>. Normal olarak bu andlaşma imzalanarak kesinleştirildikten sonra onaylanarak yürürlüğe girecektir ki, bu aşamanın Haziran 2009 AB Parlamento seçimlerine kadar tamamlanması kararlaştırılmıştır.

Lizbon Reform Andlaşması'nın esas itibariyle 2004 AB Anayasası'nın reform edilmiş bir hali olduğu genel tespiti yapılabilir<sup>94</sup>.

Bu genel perspektif doğrultusunda bakılınca, reform edilmiş metnin adı artık "Anayasa" değil, "Andlaşma" dır. Bu andlaşmada Anayasada yer verilmiş olan, bayrak, marş gibi simgelere yer verilmemektedir<sup>95</sup>.

Bu andlaşmaya göre, Bakanlar Konseyi, kararlarını ülkelere tanınmış olan belli oy ağırlıkları esasına göre değil, "çifte çoğunluk"<sup>96</sup> esasına göre alacaktır. Bakanlar Konseyi'nin karar alabilmesi için, üyelerin en az % 55'inin oyunun alınmış olması ve bu %55 üyenin nüfus toplamının, en az Birlik toplam nüfusunun % 65'ni oluşturuyor olması gerekmektedir. Bununla birlikte, Polonya'nın ısrarları üzerine andlaşmaya "Ioannina Kuralı" denilen bir deklarasyon eklenmiştir<sup>97</sup>. Buna göre, Bakanlar Konseyi'nde kıl payı çoğunlukla alınmış olan kararlar, azınlık devletlerince ertelenme ve yeniden müzakerelere edilmeye zorlanabilecektir ve bu kural ancak oybirliği ile değiştirilebilecektir<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> Bkz. [http://www.handelsblatt.com/News/Politik/International/\\_pv/\\_p/200051/\\_t/ft/\\_b/1339070/default.aspx/zugestaendnisse-beenden-eu-krise.html](http://www.handelsblatt.com/News/Politik/International/_pv/_p/200051/_t/ft/_b/1339070/default.aspx/zugestaendnisse-beenden-eu-krise.html)

<sup>93</sup> Ayrıntılar için bkz. <http://www.europa-zentrum.de/EZBW%20EZBW-Info%2007-10-19-01.pdf>.

<sup>94</sup> Bkz. <http://www.balder.org/avisartikler/EU-Und-Medien-Schweigen-Ueber-Die-Euromediterranische-Partnerschaft-Eurabien.php>

<sup>95</sup> Konuya dair detaylar için bkz. <http://www.zeit.de/online/2007/26/bg-eu-verfassung>

<sup>96</sup> Bkz. <http://www.zeit.de/online/2007/26/bg-eu-verfassung?4>

<sup>97</sup> Bkz. <http://www.kurier.at/nachrichten/oesterreich/115808.php>

<sup>98</sup> Ayrıntılar için bkz. FAZ 09.11.2007 "EU einigt sich auf "Vertrag von Lissabon", <http://www.faz.net/s/Rub99C3EECA60D84C08AD6B3E60C4EA807F/Doc~E5DDD9A7000DB>

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

Devlet ve hükümet başkanlarından oluşan AB Konseyi, istikrarlı bir işleyişi sağlamaya yönelik olarak iki buçuk yıllık bir süre için kendi başkanını seçecektir<sup>99</sup>.

AB üyesi devletler önemli dış politika yetkilerine sahip olmaya devam edeceklerdir. Bununla birlikte, dış politika konularında “Birlik Dış ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi” sorumlu olacaktır. Bu kişi Birliğin dış politikasını koordine edecek, dışarıda Birliği temsil edecek ve AB Komisyonu başkan yardımcısı sıfatını taşıyacaktır.

Lizbon Reform Andlaşması’na göre, Avrupa Parlamentosu gelecekte 751 üyeden oluşacaktır<sup>100</sup>. Komisyon’un şu anda 27 olan üye sayısı 2014’ten itibaren üye ülke sayısının üçte birine düşürülecektir ve ülkelerin komiser göndermeleri rotasyon usulüyle olacaktır.

Ulusal parlamentolar planlanan kanun tasarılarına karşı kaygılarını bildirebileceklerdir. Reform Andlaşması’nda üyelerin AB üyeliğinden çıkarılabilmelerinin de kurala bağlandığı görülmektedir.

Adalet ve iç güvenlik, kolluk ve ceza konularında işbirliğinin yoğunlaştırılması amaçlanmakta olup bu konular nitelikli çoğunlukla karar verilebilecek alana dahil edilmiştir. Böylelikle de Avrupa Parlamentosunun yetkilerinin arttırıldığı dikkati çekmektedir.

Avrupa Temel Haklar Şartı AB kurucu andlaşmalarının bir parçası olmaktan çıkartılmıştır; fakat andlaşmalarda Şart’a atıflar yapılmış olup Şart’ın da andlaşma bağlayıcılığına eşdeğer bağlayıcılığa sahip olduğu belirtilmiştir.

Üye Ülke halkları ile bağları güçlendirmeye yönelik olarak, AB vatandaşlarının bir milyon imza toplamak suretiyle Komisyon’u bir kanun teklifi hazırlama konusunda harekete geçirebilme hakkı tanınmıştır.

Avrupa Merkez Bankası, AB’nin bir organı haline getirilerek AB’ye bağlanmıştır.

Lizbon Reform Andlaşması’nın da üye ülke iç hukuklarındaki usullere göre onaylanarak 2009 Avrupa Parlamentosu seçimlerinden önce yürürlüğe konulması planlanmıştır.

4F6AAAB9552F18FBF73F~ATpl~Ecommon~Scontent.html

<sup>99</sup> Bkz. <http://www.zeit.de/online/2007/26/bg-eu-verfassung?5>

<sup>100</sup> Reform Andlaşması’nda Avrupa Parlamentosu’nun yetki genişlemesi ve güçlendirilen konumu ile ilgili ayrıntılar için bkz. <http://www.euroduvillage.com/976-Das-Europaische-Parlament>



Andlaşmayı referanduma sunan İrlanda'da andlaşma İrlanda halkı tarafından reddedilerek onaylanmamıştır. Bu durum Avrupa Birliği'nin geleceğine dair kaygı ve endişelerin yeniden artmasına sebep olmuştur<sup>101</sup>.

Daha sonra uzun arayış ve çabalar neticesinde Lizbon Andlaşması ile ilgili yeniden bir referanduma gitme konusunda İrlanda ikna edilebilmiş ve Andlaşma ikinci defa referanduma sunularak İrlanda halkı tarafından bu defa kabul edilerek onaylanmıştır. Ancak İrlanda faktörü ortadan kalkmış olmasına rağmen Lizbon Andlaşması'nın önü tamamen açılabilmiş değildi. Zira bu defa da Çek Cumhuriyeti andlaşmayı onaylamaktan imtina etmekteydi. Yine uzun çabalar sonucu Çek Cumhuriyeti'ne bazı tavizler verilerek rezervleri güçlkle kaldırılabilmiş ve böylece Lizbon Reform Andlaşması'nın nihayet 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmesi sağlanmıştır<sup>102</sup>.

## **12. Genel Güncel AB Panoraması: Biraz Flu Bir Tablo**

Bugün Avrupa Birliği olarak kendini gösteren yapı, ulaşmış olduğu bütünleşme düzeyi ve bunun kurumsal ve hukuki altyapısı itibariyle herhangi bir uluslararası örgütten çok daha ileri; ve fakat federasyon ya da hatta konfederasyon şeklindeki bir birleşik devletten de oldukça geri bir görünüm vermektedir. Bu anlamda bu yapıyı mevcut herhangi bir uluslararası hukuk tipolojisine sokarak kategorize etmek oldukça zor olduğundan, bu yapı için yapılabilecek en doğru tiplleme “sui generis”, “kategori dışı” olduğunu söylemek olacaktır. Gelişim seyri ve bu seyir içerisinde temel kilometre taşları tespit edilerek bugünkü sui generis yapıyı ortaya çıkaran süreç ana hatlarıyla ortaya konulduktan sonra, bir parça da bu yapının günümüz dünyası bakımından ifade ettiği anlamı irdelemek ve sonuçta da AB'nin geleceğine dönük öngörülerde bulunmak yerinde olsa gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki AB'yi meydana getiren süreç, bir “Avrupa'yı birleştirme-Avrupa Entegrasyon konsepti” olarak yöntem açısından en isabetli olanı veya en azından her halükarda en zararsız denemedir ya da girişimdir.

<sup>101</sup> Bu durum “Was nun? Wie der Lissabon-Vertrag gerettet werden kann? „ (Şimdi ne olacak, Lizbon Andlaşması nasıl kurtarılabilir?) şeklindeki ilginç şaşkınlık ifadeleri ile dile getirilmiştir. Bkz. <http://www.euractiv.com/de/zukunft-eu/lissabon-vertrag-gerettet/article-173709> (Erişim: 17.07.2009)

<sup>102</sup> Konuya dair bazı değerlendirmeler için bkz. [http://www.bilgesam.org/tr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=530:lizbon-antlamas-avrupa-nereye-tuerkiye-nerede&catid=70:ab-analizler&Itemid=134](http://www.bilgesam.org/tr/index.php?option=com_content&view=article&id=530:lizbon-antlamas-avrupa-nereye-tuerkiye-nerede&catid=70:ab-analizler&Itemid=134) (Erişim: 5.12.2009); [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_de.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_de.htm)



## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

Bu anlamda sırf bu bile görece bir başarıdır. Avrupa kıtası son elli yıldan fazla bir zamandır artık yaygın ve tahripkar savaşlara ev sahipliği yapmıyor. Dahası, bugün gelinen nokta itibariyle 27 üyeli AB klasik kıta ülkelerinin tamamına yakınına altında toplamayı başarmış bir çatıdır. Şüphesiz bu da Avrupa için küçümsenemeyecek bir başarıdır.

En azından bu bütünleşmenin ekonomik ve parasal sütununun Avrupa Birleşik Devletleri olarak tanımlanabilecek bir yapıyı taşımaya büyük ölçüde elverişli hale getirildiği olgusu dikkate alındığında, bölgesel düzeyde bir ekonomik bütünleşme olarak bile AB'nin dünyada başarılı bir örnek teşkil ettiği söylenebilir. Zira, geçmişi bir sürü kanlı çatışmalarla dolu ve böylelikle hem bölgesel düzeyde hem de dünya çapında insanlığa ağır acılar çektirecek, bölgesel ve global barışı bozucu gelişmelere doğrudan ya da dolaylı olarak öncülük etmiş bir kıtanın bugün sadece ekonomik alanlarda bile olsa elde ettiği bütünleşme başarısı fevkalade önemlidir. Bu kadar sıkı ekonomik bağlarla birbirine bağlanmış olan devletlerin birbirleriyle çatışmayı kolay kolay göze alamayacaklarını söylemek mümkündür. Bu durum hem işlemekte olan reel uluslararası ilişkiler somutunda çoğu kere gözlemlenebilen bir olgudur, hem de uluslararası ilişkiler teorisinde Karşılıklı Bağımlılık (Interdependenz-Interdependence) Kuramı<sup>103</sup> olarak yer bulan tezlerle de örtüşmektedir. Buradan hareketle 27 Avrupa devletini bünyesinde barındıran AB, mevcut haliyle bile Avrupa'da çatışmayı önleyici bir rol oynamaktadır. Bu durum hem bölgesel düzeyde barışa önemli ölçüde katkıda bulunmakta, hem de söz konusu kıtanın küresel etki geleneğinden hareketle global barışa önemli katkılar sağlayabilecektir. Kaldı ki, AB bütünleşme projesi dünyanın başkaca yerlerinde başarılı bir bölgesel işbirliği projesi olarak örnek olma özelliği ile de dünya çapında pozitif etkide bulunacaktır. Bütün bu anlamlarda bir kesit olarak baktığında, Avrupa bütünleşme sürecinin kritik ve önemli bir aşamasını ifade eden AB her halükarda başarılı bir uluslararası işbirliği projesidir ve halihazırda bile rüştünü ispatlamış bir konsepttir.

Ancak küresel bir bütünsellik içerisinde, uluslararası sistemin genel şekillenishi, bu şekillenish içerisinde Avrupa ve dünya açısından mevcut olan tehditler, riskler, fırsatlar ve potansiyeller sistemsel bir bütünsellikle değerlendirildiğinde, günümüzde AB'nin sahip olduğu potansiyel, güç ve imkanlarla

<sup>103</sup>Teori ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **CZEMPIEL** Ernst-Otto, *Internationale Politik: Eine Konfliktmodelle*, München 1981, s. 101 vd; **BEHRENS** Henning/**NOACK** Paul, *Theorien der Internationalen Politik*, München 1984, 146 vd.

değerlendirildiğinde ciddi yetersizliklerden bahsedebilmek mümkündür. Hele hele Soğuk Savaş sonrası dönemde uluslararası sistemin işleyişinde belirleyici roller oynayabilecek küresel düzeyde bir aktör olabilecek bir süper güç “*Avrupa Birleşik Devletleri*” hedefi açısından bakınca bu konseptin bir fiyasko ve faciaya dönüşme eğiliminde olduğu söylenebilir.

Günümüzün küreselleşen dünyasında evrensel boyutlarda barış ve güvenliğin hakim olması bir yana, tam tersi barış ve güvenliğin ciddi tehditler altında olduğu ne yazık ki daha gerçekçi bir tespit olacaktır. Uluslararası ekonomik sistemin adil ve dengeli olmayan niteliği; küresel iklim bozuklukları ve çevre sorunları, küresel göç, küresel enerji güvenliği, kitle imha silahlarının mevcudiyeti ve yayılma riskleri, küresel terör ve çatışma tehdidi ve en nihayet bölgesel düzeyde birçok kriz ve çatışma ve bunların daha da tırmanarak global barış ve istikrarı tehdit etme riski taşımaları bu tespiti haklılaştıran olgulardan bazılarıdır.

Özetle dünya Soğuk Savaş sonrası dönemde daha güvenli olmadığı gibi küresel barış çok daha kırılgan hale gelmiş bulunuyor. Özellikle küreselleşen bir dünyada neredeyse hiçbir sorun, tehdit ve riskin mevzi kalma ihtimali yoktur. Bu anlamda bölgesel barış ve istikrar ile küresel barış ve istikrar çok daha sofistike bir şekilde iç içe geçmiş ve birbirine bağlı hale gelmiş bulunuyor.

Günümüzde dünyanın ekonomik, siyasal, etnik, kültürel, dini ve bölgesel olarak çok daha polarize hale geldiğini söylemek mümkündür. Bu durum küreselleşmenin bu kadar girift bir şekilde birbirine yakın ve bağımlı hale getirdiği, bu kadar çok yönlü ve karmaşık bir şekilde iç içe geçirdiği bir dünya ile birlikte düşünüldüğü zaman, global barış ve güvenliğin ne kadar kırılgan bir hal aldığı görülecektir. O halde barış ve güvenliği global düzeyde ve sistemsel bir bütünsellik içerisinde ele almak her zamankinden daha hayati öneme sahiptir.

Bu çerçeveden bakınca, ABD ve AB gibi global etkinlik potansiyeline sahip aktörlere çok daha önemli işlev ve görevler düşmektedir. Bu tür global etkinlik güç ve potansiyeline sahip aktörlerin yukarıda sıralanan global sorun, risk ve tehditlere karşı global düzeyde çözüm konseptleri geliştirme yükümlülükleri hem bizzat kendi barış ve güvenlikleri bakımından hem de küresel barış ve güvenlik bakımından kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Oysa, Soğuk Savaş sonrası dönemde ABD reel olarak tek belirleyici hiper güç olarak belirmiştir. Tek belirleyici reel güç haline gelen ABD global bir vizyonla kapsamlı ve bütüncül çözüm konseptleri ile global barış ve güvenli-

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

đi sağlayıcı ve sürdürücü politikalar geliştirmek bir yana, tam tersi tek taraflı ve tarafgir yaklaşımlar geliştirerek global polarizasyonu daha da tırmandırıcı davranmaktadır. Bu durumda ABD'yi dengeleyecek bir global güce her zamankinden çok daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Böyle küresel düzeyde belirleyici bir rol oynayabilme potansiyeline en yakın ve yatkın aktörün de AB olduğu kolayca görülecektir<sup>104</sup>.

Ne var ki, AB bugünkü yapı ve anlayışı ile böyle bir rolü oynayabilmekten; sahip olduğu potansiyeli reele tahvil edebilmekten oldukça uzak görünmektedir. Zira bütün bu çalışma boyunca irdelenen bütünleşme süreci içerisinde AB, ekonomik bütünleşmesini neredeyse eksiksiz olarak tamamlamış, adalet ve içişleri ile ilgili belli bir bütünleşme düzeyine ulaşmıştır. Fakat dış politika ve güvenlik politikası alanında, daha 1970 ASİ Andlaşması'ndan başlamak üzere birçok ortak kurumsal ve hukuki adımlar atmış olmasına rağmen, reel olarak bir arpa boyu bile mesafe kat edilememiştir dense yeridir. 1992 Maastricht Anlaşması'nda Avrupa bütünleşmesini "Avrupa Birleşik Devletleri" ile taçlandırma konusunda güçlü bir siyasal irade ortaya konularak bu hedefe taşıyacak sağlam hukuki ve kurumsal adımların atıldığı görülmekteydi. "Avrupa Birleşik Devletleri"nin Ekonomi ve Parasal, Adalet ve İçişleri ile Dış ve Güvenlik Politikası olmak üzere üç ortak sütun üzerinde temellendirilmesi tasarlanmaktaydı. Bunu müteakip, 1997 Amsterdam, 2001 Nice Andlaşmaları akdedilerek hedefe doğru hızla ilerlenmiş ve en nihayet 2004'te Roma'da görkemli bir törenle AB Anayasası imzalanmıştı. Bütün bunlar dünya ölçeğinde global roller oynayabilecek bir Avrupa Birleşik Devletleri'nin inşası doğrultusunda büyük sıçrama ve devasa adımlardı. Ancak bu Anayasa sansasyonel bir şekilde kadük olarak bütünleşme süreci derin bir hukuki, siyasal ve hatta psikolojik krize girdi.

Bundan çok daha önemli olanı ise, tam bu bir tek devlet haline gelme hedefinin dile getirilip bu doğrultuda kararlı adımlar atıldığı dönemde dünyada dış politika ve güvenlik politikası ile ilgili AB açısından çok ciddi sınavlar yaşandı, ki AB, siyasal bütünleşmesi ile ilgili bu belirleyici testler karşısında utanç verici profiller sergiledi. 1991 ilk Irak Krizi karşısında paramparça bir Avrupa manzarası ortaya çıktı. 1992'lerde Yugoslavya'nın dağılması sürecinde, Avrupa krizi yatıştırıcı hiçbir inisiyatif geliştiremediği gibi, eski klasik Avrupa güç mücadelesini çağrıştıran ayak oyunları sergiledi. Kıtanın tam ortasında trajik boyutlara ulaşan bu savaş karşısında, AB'nin acizlikten de öte

<sup>104</sup>Global uluslararası sistemin genel yapısı ve bu yapı içerisinde AB'nin konum ve rolü ile ilgili detaylı analizler için bkz. ÖZER, s. 65-92.

birbirine girmiş siyasal zavallılığı iyice anlaşıldıktan sonra, ABD 1995 Dayton Andlaşması ile akan kanı durdurmuştur. Irak Krizi ve 2003 ABD'nin Irak'ı işgali gibi çok yönlü global etkileri olmuş ve olacak olan bir uluslararası sorun karşısında, Avrupa yine paramparça olmuş ve AB'nin ortak dış politikası denebilecek bir politikanın en ufak bir izine bile rastlanılamamıştır. Kurumsal hukuki düzeyde Anayasanın reddedilerek akim kalması, reel dış politika işbirliğinin sergilenebileceği bütün uluslararası sorun alanlarında tam bir hüsrana yaşaması, bütünleşme perspektifinden bakılınca Avrupa Birliği'nin ekonomik bir dev, buna karşılık siyasal bir cüce olduğu tanımlaması herhalde abartılı olmayacaktır.

Kaldı ki, AB'nin dünya çapında küresel boyutlar kazanma potansiyeli olan sorunların çözümüne yönelik, bütüncül konseptler önerip hayata geçirebilme anlamında global bir aktör olabilme imkanına sahip olmasına rağmen buradan çok çok uzakta olduğunu gösteren daha önemli başka zafiyetleri de vardır. En genel anlamda bunların siyasal irade zafiyeti, inanılabilirlik sorunu ve stratejik vizyon eksikliği olduğu söylenebilir.

AB, uluslararası sistemde belirleyici roller oynayacak global bir aktör olmada, dış politika araçları olarak, öncelikle demokrasi, hukuk devleti, temel insan hakları, rekabetçi ekonomik model gibi yumuşak güç (soft power) faktörlerinden faydalanmayı; dinler, milletler, kültürler ve bölgeler üstü olan bu değerleri ikna yolu ile benimseterek global barış ve güvenliği sağlayıp sürdürdüğünü ilan etmekteydi.

İlk olarak AB, kurumsal yapısı ve karar alma mekanizması açısından önemli kararların Parlamento yerine Konsey'de oybirliği ile alınması örneğinde çarpıcı bir şekilde kendini gösterdiği üzere, bu değerleri tam olarak bizzat kendisi içselleştirerek uygulayabilmiş değildir.

İkinci olarak da, AB neredeyse bütün bu yumuşak güç unsurları zemininde global belirleyici bir aktör olma söylemiyle ilgili test edilebileceği önemli bir sınavda dökülüp kalarak aynı anda tam bir siyasal irade, inanılabilirlik ve stratejik vizyon zafiyeti içerisinde olduğunu göstermektedir. Bu sınav, Türkiye'nin AB'ye üye olma sürecinde yaşanmış ve yaşanmaktadır.

### **13. AB'nin Global Aktörlük Sınavı: Türkiye-AB İlişkilerine Dair Bir Kesit**

AB, önce Kıbrıs sorununun çözümü ile ilgili tarihi bir fırsatı, depresen Hıristiyanlık ruhuna yenik düşerek taraflı ve basiretsiz davranıp taraflardan bi-

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

risinin isteği doğrultusunda hareket ederek heba etmiştir. Böylece sorunu daha da kronik hale getirdiği gibi, Güney Kıbrıs'ı tek taraflı olarak uluslararası hukuku da hiçe sayarak AB'ye almış ve AB istese bile kolay kolay aşamayacağı Türkiye'nin tam üyeliği konusunda Rumlara bir veto kartı teslim ederek sistemi kilitleyecek bir koz sunmuştur.

Çok daha çarpıcı olanı ise, Türkiye'nin tam üyeliği ile ilgili 17 Aralık 2004 Zirve Kararı ile 3 Ekim 2005 Müzakere Çerçeve Belgesi'nde AB genişleme tarihinde hiçbir üyeye karşı yapılmayan bir muamele yaparak Türkiye'nin üyeliğini artık teknik hukuki bir konu olmaktan çıkarıp, tek taraflı, keyfi, siyasi, sübjektif bir düzleme taşımış olmasıdır. Güney Kıbrıs'a veto kartını sunması yetmiyormuş gibi; “ucu açık müzakere”, “gerektiğinde kişilerin serbest dolaşımına daimi kısıtlama getirebilme”, “hazmetme kapasitesi” gibi pekçok mutad olmayan kavram ve mekanizmalar ihdas etmek suretiyle Türkiye'nin tam üyeliğini belirsiz ve muğlak bir zemine oturtmuştur.

Kıbrıs Sorunundaki tutumu ile ilgili olarak AB, global belirleyici bir rol oynamayı mümkün kılacak, uluslararası kriz çözme yeteneği, taktik manevra kabiliyeti ve stratejik vizyona sahip olmadığını göstermiştir. Dünyaya etnisiteler, kültürler, dinler ve medeniyetler üstü yaklaşabilmedeki inandırıcılığını da aşındırmıştır.

Türkiye'nin AB üyeliği bağlamındaki labil ve ikircikli tutumu da, AB'nin ilan ettiği global misyonunun ne anlama geldiği, böyle bir misyonu ifa edebilmek için sahip olunması gereken asgari siyasal, kültürel ve psikolojik altyapı ve bu bağlamda da Türkiye'nin ifade ettiği önem ve anlamın farkında olmadığını göstermektedir. Dahası, söz konusu global belirleyici rol oynama potansiyelini realize edebilme açısından, Türkiye'nin AB'ye sağlayabileceği siyasi, askeri, jeostratejik, jeokültürel ve hatta jeoekonomik katkıyı görüp hesaplayamama gibi bir başka “engelliliğini” daha göstermektedir. Kendisinden<sup>105</sup> (ki Avrupa'nın homojenliği de kesinlikle tartışma götürür) ta-

<sup>105</sup>AB, global bir oyuncu olma amacına ulaşmada ciddi bir sıçrama olarak düşündüğü söz konusu Avrupa Birleşik Devletleri'nin anayasası olarak tasarlayıp büyük bir umut, beklenti ve heyecanla imzalayıp ilan ettiği ve fakat Fransa ve Hollanda halkları tarafından reddedilen kadük AB Anayasası'nın “Birliğin Tanımı ve Amaçları” I. Başlığı altında madde: 1/8'de kendisini “ÇEŞİTLİLİKTE BİRLEŞMİŞ” sloganı ile tanımlamaktadır. Bu saygıdeğer tanımlama ile AB'nin Türkiye'nin tam üyeliği bağlamında yaptığı tartışmalar, bu tartışmalarda ortaya sürülen argümanların içeriği ve yukarıda bir parça işaret edilen hukuki nitelikli resmi karar metinlerinde hep “ayırıcı”, “ikircikli” ve “dışlayıcı” bir ruh ikliminin kendini hissettiriyor oluşu ile “ÇEŞİTLİLİKTE BİRLEŞMİŞ” tanımlaması nasıl bağdaştırılacaktır? Bu anlayıştaki bir AB, nasıl olup ta dinler, kültürler, medeniyetler, etnisiteler, bölgeler üstü değer-

rihi, dini ve kültürel olarak biraz farklı ya da öyle algıladığı bir adaya karşı bu kadar ayrımcı bir davranış sergileyerek, ciddi bir “hazımsızlık” göstergesi olan tutumu karşısında, demokrasi, hukuk devleti, temel insan hakları, rekabetçi ekonomik model gibi yumuşak güç (soft power) faktörlerini öne çıkarıp, bu tür dinler, milletler, kültürler ve bölgeler üstü evrensel değerler zemininde global düzeyde barış ve güvenliği inşa edeceği söyleminin inandırıcılığı nasıl açıklanabilecektir?

### **SONUÇ**

Yukarıda da belirtilmeye çalışıldığı üzere AB, bugün ulaştığı bütünleşme düzeyi itibariyle, bölgesel düzeyde barış, güvenlik ve refaha hizmet eden ve katkıda bulunan hiç kuşkusuz başarılı bir ekonomik entegrasyon örneğidir.

Ancak küresel düzeyde, en genel anlamda barış ve güvenliği kurma ve sürdürme hedefleri bakımından global hayati roller oynayabilmekle ilgili olarak ise, sahip olduğu büyük kazanım, imkan ve potansiyellere rağmen oldukça ciddi siyasal ve stratejik vizyon zafiyetlerinden dolayı tamamen etkisiz kalmaktadır. Bu da ne yazık ki AB ile ilgili olarak yapılan “ekonomik bir dev; siyasal bir cüce” tanımlamasının isabetliliğini teyit etmektedir.

### **KAYNAKÇA**

BEUTLER Bengt; BIEBER, Roland; PIPKORN Jörn; STREIL Jochen, Die Europäische Gemeinschaft. Rechtsordnung und Politik, Baden-Baden 1987.

BORCHARDT Klaus-Dieter, Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Heidelberg 1996.

CAŞIN Mesut Hakkı/ÖZGÖKER Uğur/ÇOLAK Halil, Küreselleşmenin Avrupa Birliği Ortak Güvenlik ve Savunma Politikasına Etkisi. Avrupa Birliği, İstanbul 2007.

CZEMPIEL Ernst-Otto, Internationale Politik: Eine Konfliktmodelle, München 1981, s. 101 vd; BEHRENS Henning/NOACK Paul, Theorien

ler zemininde yumuşak güç unsurları vasıtası ile global barış ve güvenliği kurma ve sürdürme konusunda inandırıcı olup, evrensel düzeyde kabul görebilecektir?

## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

der Internationalen Politik, München 1984.

DEDEOĞLU Beril, “Avrupa Birliği’nin Bütünleşme Süreci I: Tarihsel Birikimler”, Beril Dedeoğlu (der.), Dünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003.

DEDEOĞLU Beril, “Avrupa Birliği’nin Bütünleşme Süreci II: Avrupa Birliği’nin Yakın Geçmiş”, Beril Dedeoğlu (der.), Dünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003.

DEDEOĞLU Beril, “Avrupa Birliği’nin Bütünleşme Süreci II: Tarihsel Birikimler”, Beril Dedeoğlu (der.), Dünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003.

FAZ 09.11.2007 “EU einigt sich auf “Vertrag von Lissabon”, <http://www.faz.net/s/Rub99C3EECA60D84C08AD6B3E60C4EA807F/Doc~E5DD9A7000DB4F6AAAB9552F18FBF73F~ATpl~Ecommon~Scontent.html>

FREVERT Ute, “Was ist das bloß – ein Europäer?”, DIE ZEIT 23.06.2005 Nr. 26.

FRITZ-VANNAHME Joachim, “Nizza ist nur der Anfang”, DIE ZEIT, 12.12.2000, Nr. 50/2000.

GASTEYGER Curt, Europa zwischen Spaltung und Einigung 1945 bis 1993, Bonn 1994.

GERKEN Lüder, “Politische und ökonomische Integration in Europa”, Lüder Gerken(Hrsg.), Europa 2000 Perspektive Wohin? Die europäische Integration nach Maastricht, Freiburg 1993.

GÖZEN Ramazan, “Türk Dış Politikasının Avrupa Birliği’ne Doğru Dönüşümü”, Uluslararası Hukuk ve Politika”, Yıl 2, S. 6 (2006).

HARBRECHT Wolfgang, Die Europäische Gemeinschaft, Stuttgart 1984.

KRÖNIG Jürgen, “Die alte EU ist tot”, DIE ZEIT 21.06.2005.

LAÇİNER Sedat/ÖZCAN Mehmet/BAL İhsan, Türkiyeli Avrupa, İstanbul 2004.

MERAY Seha L., Uluslararası Hukuk ve Örgütler, Ankara 1977.

MOR Hasan, “AB’nin Güvenlik Politikasında Sorunlar Mı Var?”, Yeni Yüzyıl,



**Hasan MOR**

16 Temmuz 1995.

MOR Hasan, “Kıbrıs Sorunu ve Avrupa Birliği”, Türk Hukuk, Mart 2003.

ÖZER Yonca, “Tek Kutuplu Dünyada Çok Kutuplu Düzen Arayışları: Kutuplardan Biri Olma Yolunda Avrupa Birliği”, in Yüksel Taşkın/ Fatih Furtuna/Erhan Büyükakıncı/ Yonca Özer/Nurşin Ateşoğlu Güney/ Münevver Cebeci/Mehmet Öğütçü/Kerem Batır, Tek Kutuplu Dünyada Yaşamak. Gerçekler, Yanılgılar ve Beklentiler, SODEV Yayını, İstanbul 2006.

PLATE Bernhard von, “Ost-und Mitteleuropa: Eine Herausforderung für KSZE und NATO”, Bernhard von Plate (Hersg.), Europa auf dem Weg zur kollektiven Sicherheit: Konzeptionelle und organisatorische Entwicklung der Sicherheitspolitischen Institutionen, Baden-Baden 1994.

REMMERT Michael, Westeuropäische Zusammenarbeit in der Sicherheits-und Verteidigungspolitik. Positionen von Regierung und Koalitionsparteien der Bundesrepublik Deutschland (1982-1991), Baden-Baden 1994.

SCHIRMER Gregor, “Braucht Europa ein Grundgesetz? – Angela Merkels „Fahrplan“, die Gewalt des Volkes und die rudimentäre Zivilgesellschaft”, <http://www.vip-ev.de/text253.htm>.

SCHIRMER, <http://www.vip-ev.de/text253.htm>

TEZCAN Ercüment, Avrupa Birliği Komisyonu, Ankara 2007.

TEZCAN Ercüment, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Ankara 2005.

TÜRKER Haşim, Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikası, Ankara 2007.

TÜRKMEN Fusun, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları”, Beril Dedeoğlu (der.), Dünden Bugüne Avrupa Birliği, İstanbul 2003.

ÜLGER İrfan Kaya, Avrupa Birliğinde Siyasal Bütünleşme. Ortak Dış ve Güvenlik Politikasının Oluşumu, Ankara 2002.

WOYKE Wichard, Europäische organisationen: eine Einführung, München; Wien 1995.



## *Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları*

- <http://diepresse.com/home/politik/eu/334118/index.do>
- [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_de.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_de.htm)
- [http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht\\_de.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht_de.htm).
- [http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht\\_de.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht_de.htm).
- <http://www.abvizyon.com/default.asp?abhaber=12&git=13>.
- [http://www.europa.eu/scadplus/treaties/eec\\_de.htm](http://www.europa.eu/scadplus/treaties/eec_de.htm)
- [http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe\\_6.htm](http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe_6.htm)
- [http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe\\_6.htm](http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe_6.htm).
- [http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe\\_8.htm](http://www.dadalos-d.org/europa/grundkurs3neu/etappe_8.htm)
- <http://www.eu-info.de/dpa-europaticker/117524.html>
- <http://www.eu-info.de/dpa-europaticker/123000.html>
- <http://www.euractiv.com/de/zukunft-eu/lissabon-vertrag-gerettet/article-173709>
- <http://www.europa-zentrum.de/EZBW%20EZBW-Info%2007-10-19-01.pdf>.
- <http://www.europa-zentrum.de/EZBW%20EZBW-Info%2007-10-19-01.pdf>.
- <http://www.europa-zentrum.de/EZBW%20EZBW-Info%2007-10-19-01.pdf>.
- <http://www.eurosduvillage.com/976-Das-Europaische-Parlament>
- <http://www.eurozine.com/articles/2006-05-18-rupnik-de.html#footNote1>
- <http://www.eurozine.com/articles/2006-05-18-rupnik-de.html>.
- [http://www.handelsblatt.com/News/Politik/International/\\_pv/\\_p/200051/\\_t/ft/\\_b/1339070/default.aspx/zugestaendnisse-beenden-eu-krise.html](http://www.handelsblatt.com/News/Politik/International/_pv/_p/200051/_t/ft/_b/1339070/default.aspx/zugestaendnisse-beenden-eu-krise.html)
- [http://www.phoenix.de/eu\\_beendet\\_zweijaehrige\\_krise/151629.htm](http://www.phoenix.de/eu_beendet_zweijaehrige_krise/151629.htm);
- <http://www.uni-koeln.de/wiso-fak/powi/wessels/DE/PUBLIKATIONEN/texte/Nizza-AM.pdf>.
- <http://www.zeit.de/online/2007/26/bg-eu-verfassung?4>
- <http://www.zeit.de/online/2007/26/bg-eu-verfassung?4>
- <http://www.zeit.de/online/2007/26/bg-eu-verfassung?5>

BOŞ

# TEFECİLİK SUÇU

İzzet ÖZGENÇ<sup>1</sup>

## Özet

*Kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığı olarak ödünç para verilmesi sonucunda kişilerin ekonomik bakımdan müzayaka haline düşmesi, bir borç sarmalıyla karşı karşıya kalmaları ve nihayetinde geri ödeme imkansızlığı içine girmeleri sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenledir ki, kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığında ödünç para verme işlemleri yapılması yasaklanmıştır ve yeni TCK'da suç olarak tanımlanmıştır.*

*Ancak, yeni TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan bu suçun oluşması bakımından doğru olmayan uygulama örnekleri ile karşılaşmaktayız. Bu çalışma, söz konusu yanlış uygulamaları önlemeye yönelik bir katkı sağlayacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Tefecilik suçu, Türk Ceza Kanunu m. 241, Faizle ödünç para verme

## CRIMINAL USURY

### Abstract

*Money lending on interest except to the extent under the control of the public authorities usually causes people to get into economic distress, to confront vicious circles of debt and ultimately to be unable to pay back the debt. This is why money lending except to the extent under the control of the public authorities is prohibited and prescribed as a crime by Turkish Criminal Code.*

*However there are improper judicial practices in respect to the commission of criminal usury. This essay will contribute to the prevention of these improper practices.*

**Key Words:** Criminal usury, Usury, Danism; Article 241 of Turkish Criminal Code, Money lending on interest

## I- Korunan hukuki değer ve kanun hükümleri

Faiz maliyetleri artıran bir unsurdur. Faiz eşit şartlarda rekabet imkanını ortadan kaldırmaktadır. Makro ekonomi açısından değerlendirildiğinde faiz, bir *saldodur*, *eksidir*, *açıktır*. Bu nedenle, istikrarlı görünüm arz eden eko-

<sup>1</sup> Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

nomilerde, faiz oranları mümkün olduğunca düşük tutulmaya çalışılır. Faiz oranları ne kadar düşük olursa, ekonomi de o oranda istikrarlı olur<sup>2</sup>. Kamu otoritesinin, ödünç para verme işlemleri bağlamında faiz alınmasını kontrol altında tutması, istikrarlı ekonomi için bir zorunluluktur. Keza, kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığı olarak ödünç para verilmesi sonucunda kişilerin ekonomik bakımdan müzayaka haline düşmesi, bir borç sarmalıyla karşı karşıya kalmaları ve nihayetinde geri ödeme imkansızlığı içine girmeleri sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenledir ki, kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığında ödünç para verme işlemleri yapılması yasaklanmıştır ve suç olarak tanımlanmıştır.

Mülga 765 s. TCK'da “tefecilik suçu” tanımına yer verilmemişti. Bu alanda ilk kanuni düzenlemeyi, 8.6.1933 tarihli ve 2279 sayılı “*Ödünç Para Verme İşleri Kanunu*”<sup>3</sup> oluşturmakta idi. Bu Kanununun 17. maddesinde “*tefecilik suçu*” tanımına yer verilmişti:

“*Tefecilik edenler bir aydan bir seneye kadar hapse ve (500) liradan (10000) liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir. Ayrıca iki seneden beş seneye kadar âmme hizmetlerinden memnuiyetlerine karar verilebilir. Bu cezalar tecil edilmez.*”

Bilahare, 30.9.1983 tarihli ve 90 sayılı “*Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*”<sup>4</sup> ile 2279 s. Kanun, 17. maddesi hariç olmak üzere, yürürlükten kaldırılmıştır. 90 s. KHK'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasında, “*tefecilik suçu*” yeniden tanımlanmıştır:

“*...tefeciler 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte 50 bin liradan az olmamak kaydıyla, sağladıkları menfaatlerin 5 katı ağır para cezasıyla cezalandırılır: ...*”.

Ancak, 90 s. KHK'nin 17. maddesinde, “*tefecilik suçu*”nun tanımlandığı 15. maddenin, bu KHK'nin kanunlaşması üzerine yürürlüğe gireceği ve bu tarihe kadar 2279 s. Kanununun 17. maddesinin uygulanması gerektiği yönünde hüküm bulunmaktadır. 90 s. KHK henüz kanunlaşmamıştır. Ancak 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni TCK'da “*tefecilik suçu*” yeniden tanımlanmıştır.

<sup>2</sup> Bkz. İnsan Hakları Sempozyumu, 10-11 Aralık 1994, IV. Oturumun Tartışmalar kısmında yapmış bulunduğumuz açıklamalar, İnsan Hakları, 2. bası, İstanbul 1995, sh. 151.

<sup>3</sup> RG: 8 Haziran 1933/2430.

<sup>4</sup> RG: 6 Ekim 1983/18183.

## **Tefecilik Suçu**

Yeni TCK'ya ilişkin Hükümet Tasarısında “*tefecilik suçu*”na ilişkin hüküm bulunmamasına rağmen, söz konusu suç tanımı, TBMM Adalet Alt Komisyonu çalışmaları sırasında, **şahsının katkısıyla** Tasarıya eklenmiştir (m. 243) ve Alt Komisyonunda kabul edilen şekliyle 241. madde olarak kanunlaşmıştır:

### **“Tefecilik**

**MADDE 241- (1) Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”**

Söz konusu suç tanımına ilişkin madde **gerekçesinde** şu açıklamalara yer verilmiştir<sup>5</sup>:

*“Madde metninde tefecilik fiili suç olarak tanımlanmıştır. Faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi, tefecilik suçunu oluşturur. Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, “senet kırdırma” denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü, bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.*

*İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır.”*

Yeni TCK'nın “*tefecilik suçu*”na ilişkin bu maddesi karşısında, **2279 sayılı Kanunun 17. maddesindeki “tefecilik suçu”na ilişkin hükümleri, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır.** Bu itibarla, **90 s. KHK'nin 15. maddesindeki “tefecilik suçu” tanımının ve bu madde hükümlerinin uygulanacağı zamana ilişkin olarak 15. maddesi hükmünün artık uygulama kabiliyeti kalmamıştır.**

### **II- Suçun maddi unsurları**

**a) Suçun Konusu:** Tefecilik suçunun konusunu ancak **para** oluşturur. Para dışındaki diğer misli şeylerin ödünç olarak verilmesi halinde,

<sup>5</sup> TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 640.

karşılığında bir kazanç elde edilse bile, Kanundaki tanımı itibarıyla tefecilik suçu oluşmaz<sup>6</sup>.

**b) Fiil:** Tefecilik suçunu oluşturan fiil, başkasına **ivaz karşılığı ödünç para vermektir**.

22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı **Borçlar Kanununun** 306. maddesine göre;

*“Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur.”*

**Karz akdinin** yapılmasıyla ödünç veren, akde konu olay şeyin (örneğin paranın) mülkiyetini, ödünç alana nakletmek borcu altına girer. Ödünç veren, akde konu şeyi (örneğin parayı) ödünç alana teslim etmekle, bunun üzerindeki mülkiyetin bu kişiye intikalini sağlar<sup>7</sup>.

Karz akdinde **ödünç para veren ile ödünç para alan** arasında bir hukuki ilişki tesis edilmektedir.

Karz akdi **ivazlı** olabileceği gibi, **ivazsız** da olabilir. **İvazsız karz akdi**, kamu otoritesinin iznine bağlı değildir. Buna karşılık, **ivazlı ödünç para verme işlemleri**, kamu otoritesinin iznine bağlıdır ve ilgili mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde yapılabilir. Bu konuda, 19.10.2005 t. ve 5411 s. *Bankacılık Kanunu*<sup>8</sup> ile 90 s. KHK hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

Örneğin **mevduat toplamak**, Bankacılık Kanunu hükümlerine göre ancak mevduat bankacılığı faaliyeti icra edebilecek olan anonim şirketlere (**mevduat bankalarına**) tanınan bir yetkidir. Keza, **ivaz karşılığı ödünç para vermek**, “**banka**” statüsüne sahip anonim şirketlere ve 90 s. KHK hükümlerine göre “**ikrazatçı**” statüsüne sahip gerçek kişilere tanınan bir yetkidir.

<sup>6</sup> Yaşar/Gökcan/Arıtuç, misli eşyadan sayılan **altın**ın da bu suçun konusunu oluşturacağı kanaatindedirler:

*“YTCK'nun 241. maddesinde para vermektan bahsedilmekte ise de, kanaatimizce, mağdura üç altın verip, belli süre sonra dört altın alacağına ilişkin sözleşmelerde tefecilik kapsamında değerlendirilmelidir.”* (YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, cilt V, Ankara 2010, sh. 6715).

Kanundaki mevcut suç tanımı itibarıyla bu görüşün ceza hukukundaki **kıyas yasağı** ile çeliştiğini belirtmemiz gerekir.

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: *Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç ilişkileri)*, cilt I, 4. bası, İstanbul 1980, sh. 757 vd.

<sup>8</sup> RG: 01 Kasım 2005/25983 Mükerrer.

## *Tefecilik Suçu*

Bu itibarla, **ilgili kamu otoritesinden gerekli izinler alınmadan ve ilgili mevzuatta belirlenen esaslara aykırı olarak ivazlı ödünç para verme işlemleri yapılması, suç oluşturacaktır.**

İzinsiz mevduat toplamak yani ivazlı veya ivazsız ödünç para toplamak, 5411 s. Bankacılık Kanununun 150. maddesinde tanımlanan suçtu oluşturmaktadır. Buna karşılık, **izinsiz olarak ivazlı ödünç para verilmesi, TCK'nın 241. maddesindeki “tefecilik suçu”nu oluşturacaktır.**

Söz konusu suç, ivaz karşılığında **ödünç paranın** borç alana **verilmesiyle** tamamlanmış olmaktadır<sup>9</sup>. Başka bir ifadeyle, suçun tamamlandığı an, karz akdinin yapıldığı an değildir. Karz akdi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ödünç veren bakımından, akdin konusunu oluşturan misli eşyanın (örneğin paranın) mülkiyetini ödünç alana geçirme borcunu doğurur. Karz akdinin konusunu oluşturan misli eşyanın (örneğin paranın) **zilyedliğinin** ödünç alana **devriyle** aynı zamanda bunun üzerindeki **mülkiyet de** ödünç alana **geçmektedir**. Bu itibarla, tefecilik suçu, ivaz karşılığı ödünç olarak verilen **paranın mülkiyetinin borç alana geçtiği anda** tamamlanmış olmaktadır.

Suçun tamamlanması için ivazın temin edilmiş olması şart değildir. Hatta, ödünç olarak alınan paranın vadesinde geri ödemesinin yapılmamış olmasının da suçun oluşması üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

TCK'nın 241. maddesinin düzenlemesiyle, **faiz karşılığı bir başkasına bir defa ödünç para verilmesi halinde, tefecilik suçunun tamamlanmaktadır. Suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesi ne, bunun meslek olarak ittihaz edilmesine gerek bulunmamaktadır.**

Yargıtay, yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden önceki dönemde tefecilik suçunun oluşması bakımından, birden fazla kişiye faiz karşılığı olarak borç para verilmesini, bu faaliyetin sürekli ve sistemli bir şekilde icrasını, ölçüt olarak aramakta idi:

*“Tefecilik suçunun oluşması için...; birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para” verilmesi gerekmektedir<sup>10</sup>.*

Yargıtay, yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki içtihatlarında da, tefecilik suçunun oluşması bakımından eski içtihatlarda kabul edilen ölçütlere sadık kalmaktadır.

<sup>9</sup> UĞUR, Hüsamettin: *Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları ve Uygulama İlkeleri*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, yıl 2, sayı 8, Nisan 2007, sh. 61 vd., 71.

<sup>10</sup> Yargıtay CGK, 03.07.1995, 7-207/236. Ayrıca bkz. 7.CD, 31.05.1999, 6012/6456.

“Tefecilik suçunun oluşabilmesi için, birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi ..., (failin) **birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağla(ması) ve bu işi meslek haline getir**”mesi gerekmektedir<sup>11</sup>.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, verdiği pek çok kararında, kişinin somut olayda “**başka şahıslara faiz karşılığı ödünç para**” verip vermediğinin, faiz karşılığı ödünç para vererek **çıkara** sağlayıp sağlamadığının, ödünç para verme fiilinin “**sistemli bir şekilde**” işlenip işlenmediğinin, “**süreklilik**” taşıyıp taşımadığının, bu işi **meslek** haline, **uğraş** haline getirip getirmediğinin araştırılması gerektiğine işaret etmektedir<sup>12</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, faiz karşılığı olarak **borç paranın verildiği anda** suç tamamlanmış olmaktadır<sup>13</sup>. Ancak, uygulamada tefeciliğin “**süreklilik**” arz etmesi gerektiğinin kabulünün zorunlu sonucu olarak, suçun tamamlanma tarihinin “**en son ödünç para verilen tarih**” olduğu kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Hatta, 7. Ceza Dairesi içtihatlarında, tefecilik suçunun “**temadi eden bir suç**” (mütemadi suç, kesintisiz suç) olduğu kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

Her ne kadar 90 s. KHK hükümleri sarih veya zımni olarak dikkate alınmakta ise de; **bu uygulamanın hukuki dayanağı bulunmamaktadır**. Zira 90 s. KHK, gerekli izinler alınmadan veya iznin iptaline rağmen ikrazatçılık faaliyetinde bulunulmasının tefecilik sayılacağına dair hüküm içermektedir (m. 9). 90 s. KHK, tefecilik fiilinin suç oluşturabilmesi için, bu faaliyetin temadi etmesi ve meslek olarak icra edilmesi gerektiği yönünde hükümler içermemektedir. Kaldı ki, sonradan yürürlüğe giren TCK’daki bir suç tanımına ilişkin hükümlerin yorumunda bu KHK hükümleri dikkate alınamaz<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Yargıtay 7.CD, 21.06.2006, 2004/36039, 2006/12651; ayrıca bkz aynı Daire, 13.07.2009, 2006/1137, 2009/8423; 22.05.2009, 2006/17545, 2009/5064; 21.02.2007, 2004/20596, 2007/1022; 13.05.2003, 2002/21487, 2003/2670.

<sup>12</sup> Yargıtay 7.CD, 10.02.2010, 2007/1687, 2010//1639; 28.06.2004, 2003/9395, 2004/9069; 09.06.2004, 2003/6742, 2004/7957; 17.06.2003, 2003/642, 2003/4953.

<sup>13</sup> Bkz. Yargıtay 7.CD, 14.07.2009, 2006/11343, 2009/8634.

<sup>14</sup> Yargıtay 7.CD, 09.06.2004, 2003/6742, 2004/7957.

<sup>15</sup> Yargıtay 7.CD, 09.11.2009, 2007/3343, 2009/12679. Ayrıca bkz. 7.CD, 27.12.1995, 1995/9780, 1995/10569.

<sup>16</sup> Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, V, sh. 6716. Meran’ın aksi yöndeki görüşünün (MERAN Necati: *Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması*, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, yıl 5, sayı 51, Kasım 2010, sh. 103 vd., 107 vd., 109 vd.), hukuki dayanağı bulunmamaktadır.



## **Tefecilik Suçu**

İktisadi hayatımızda, “**senet kırdırma usulüyle tefecilik**” denen bir yöntemin izlendiği gözlemlenmektedir. Madde **gerekçesinde** belirtildiği üzere,

*“Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, “senet kırdırma” denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü, bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.”*

Aslında bu gibi durumlarda bir bono veya çeki bağlanmış olan bir **alacağın temliki** söz konusudur (Borçlar Kanunu, m. 162 vd.). Uygulamamız göz önünde bulundurulduğunda, bono veya çeki bağlanmış olan bir alacak, alacaklı tarafından;

a) **nakit para ihtiyacını karşılamak için**, bononun vadesinden, çekin ise üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce üçüncü bir kişiye ciro edilmesi suretiyle,

b) **hukuki yolla tahsilinde güçlükle karşılaşılması sebebiyle**, üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Üçüncü kişi, kendisine devredilen bu alacağın karşılığında, alacaklıya bono veya çek üzerinde yazılı meblağdan daha düşük miktarda bir para ödemektedir. Bu suretle, tefecilik yasağına ilişkin mevzuat hükümleri dolanılmaktadır. Hatta bu yöntem, bir alacağın hukuk dışı yollarla, yani cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle tahsilinde bir araç olarak kullanılmaktadır.

Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu gibi durumlarda bono veya çekin hamili olan kişi ile üçüncü şahıs arasında tesis edilmiş olan bir ticari ilişkiye dayanan bir borç bulunmamaktadır. Aksine, bono veya çekin hamilinin salt değişmesiyle, “alacaklı” sıfatı üçüncü kişiye geçmektedir.

Bu yöntemlere başvurulması, **ticari hayattaki olağan olmayan hastalıklı ilişkilerin** bir göstergesidir. Bu suretle, bir alacağın kambiyo senedine bağlanmasının ve cironun ticari hayatta sağladığı kolaylık **kötüye kullanılmaktadır**. Başka bir ifadeyle, başvuru olan bu yöntem, **müzayaka** haline düşmüş olan kişilerin sırtından **haksız kazanç elde etme aracı** olarak kullanılmaktadır.

Bu mülahazalarla, belirtilen yönetime başvurulması tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Bu gibi durumlarda, suç, bono veya çekin ciro edilmesi karşılığında **üçüncü şahıs tarafından alacaklıya ödeme yapıldığı tarihte** işlenmiş olmaktadır.

İktisadi hayatımızda, kredi kartı kullanılarak da tefecilik yapıldığı gözlemlenmektedir. “**Kredi kartı ile tefecilik usulü**”<sup>17</sup> denen durumda, **gerçekte bir mal satışı yapılmadığı halde**, bir mal satışı yapılmış ve satışı yapılmayan malın bedeli kadar para da kredi kartı kullanılarak ödenmiş gösterilmektedir. Ancak, satıcı konumunda bulunan kişi, kredi kartı sahibi olan ve alıcı konumundaki kişiye **mal bedeli olarak gösterilen miktarın altında bir parayı nakit olarak vermektedir.**

**Muvazaa** halinin söz konusu olduğu bu durumda, gerçekte mal satışı yapılmadığı halde, görünüşte “mal bedeli” olarak tahsil edilen paranın bir kısmı borçluya nakit olarak verilmek suretiyle, tefecilik suçu işlenmiş olmaktadır. Tefeci, borçluya nakit olarak ödediği miktar ile kazancını oluşturan parayı bilahare bankadan tahsil etmektedir.

Dikkat edilmelidir ki, bu durumda gerçekte bir mal satışı yoktur; yani tacir tarafından ne miktarda ve kaç lira bedelle mal satışı yapıldığına dair bir belge düzenlenmemiş ve ticari işletmeye ait muhasebe sistemine satışla ilgili olarak usulüne uygun kayıt düşülmemiştir. Başka bir ifadeyle, bu durumda sadece kurgusal olarak bir satış yapılmış ve satışı yapılmış düşünülen malın bedeline tekabül eden miktar kadar para kredi kartı kullanılarak tahsil edilmiştir. Yine aynı tacir, satışını yaptığını düşündüğü malı bu defa da satın aldığı var sayarak, “müşteri”ye nispeten daha düşük miktarda nakit para ödemesi yapmaktadır. Farazi olarak bir alışverişin söz konusu olduğu bir durumda fiilin tefecilik suçunu oluşturacağı hususunda kuşku yoktur.

Buna karşılık, bir mal veya hizmet satışı dolayısıyla satıcıya alıcının sahip bulunduğu kredi kartı kullanılmak suretiyle de ödeme yapılabilir. Bu durumda mal veya hizmet bedeli, alıcının hesabı bulunduğu banka tarafından kendisine verilen kredi kartı kullanılmak suretiyle ödenmektedir. Mal veya hizmet bedelinin kredi kartı kullanılmak suretiyle ödenmesi halinde ortaya çıkan hukuki ilişkinin, **satıcı, satın alan (müşteri)** ve **banka** olmak üzere, üç tarafı bulunmaktadır.

<sup>17</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, V, sh. 6716; MERAN, Terazi, Kasım 2010, sh. 110.

## *Tefecilik Suçu*

Bir ticari işletmede satışı yapılan malla ilgili olarak yapılan satış işlemleri ticari ve vergi mevzuatı hükümlerine göre belgelendikten sonra, satış bedelinin kredi kartı kullanılmak suretiyle tahsil edilmesinde herhangi bir huku-ki sakınca bulunmamaktadır.

Bu suretle satışı yapılan malın bilahare aynı ticari işletmede ticari ve vergi mevzuatı hükümlerine göre belgelenecek satın alınmasının ve karşılığında nakit para ödemesi yapılmasının da hukuka aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Her iki durumda da satış ve satın alma işlemleri usulüne göre muhasebeleştirilmiştir. Usulüne göre muhasebeleştirilen ve belgelenen bu satış ve satın alma işlemleri dolayısıyla, zorunlu olarak, KDV gibi gerekli vergi tarh ve tahakkuk işlemleri de yapılmaktadır.

Belirtilen ilişkiler bağlamında ticari işletmenin sorumluları bakımından tamamen usulüne uygun olarak icra edilmiş bir ticari faaliyetin varlığını kabul etmek gerekir.

Bu ticari ilişkide satılan malın fiyatı ile bilahare satın alınması halindeki fiyatı arasında bir fark olması, yapılan işlemin hukukiliğini sakatlayan bir sonuç ortaya çıkarmaz.

Dikkat edilmelidir ki, açıkladığımız şekilde cereyan eden bütün bu işlemler bağlamında muvazaadan söz etmek mümkün değildir. Zira, bu durumda olağan seyrinde cereyan eden bir ticari faaliyet söz konusudur. Buradaki ticari faaliyetin hukukiliğini tayin ederken ana hareket noktamız, tacir konumundaki kişinin veya şirket temsilcilerinin niyetidir. Tacir bakımından bütün bu işlemler bağlamında önce mal satışı ve bilahare de satın alınması söz konusudur. Mal alım ve satımına ilişkin bütün bu işlemler bağlamında kazanç elde etmek amacının egemen olması ticaretin doğasının gereğidir.

Tacir bakımından bu şekilde hareket edildikten sonra, müşterinin mal satın alırken güttüğü amacın bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, müşterinin gerçekte mala ihtiyacı yoktur; sadece ödemeleri için ihtiyaç duyduğu nakit parayı temin amacıyla önce kredi kartını kullanarak mal satın alması ve bilahare farklı ve hatta aynı tacire başvurarak bu malı satın aldığı bedelden daha düşük bir bedelle ve fakat nakit para karşılığında satması, satın alan tacirin fiilinin tefecilik olarak değerlendirilmesine imkan vermez.

Bu değerlendirmelerimiz, özellikle kuyumculuk faaliyetinin icra edildiği ticari işletmelerden kredi kartı kullanılarak altın satın alınması ve bilaha-

re de satın alınan altının nakit para karşılığında yine aynı kuyumcuya satılması ve bu suretle kişinin nakit para ihtiyacını karşılaması durumları bakımından önem taşımaktadır.

**c) Fail ve mağdur:** Tefecilik suçu, bir karşılaşma suçu olarak **çok fail-li bir suçtur**<sup>18</sup>. Bu suç, ödünç para veren ve ödünç para alan olarak iki kişinin varlığını zorunlu kılmaktadır. İvaz karşılığında ödünç para veren kişi “**tefeci**” sıfatını taşımaktadır.

İvaz karşılığında ödünç alan kişi de tefecilik suçunun failidir. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece ivaz karşılığı ödünç para veren kişi yani tefeci cezalandırılmaktadır. Madde **gerekçesinde** de belirtildiği üzere;

*“İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır.”*

İvaz karşılığında ödünç para alan kişinin cezalandırılmaması, bu ödünç para verme işlemi dolayısıyla mağdur edildiğinin kabulünü gerektirmemektedir<sup>19</sup>. Tefeciliği suç olarak tanımlayan kanun hükümlerinin, ivaz karşılığı ödünç para almak isteyen kişileri de koruyucu bir fonksiyon taşıdığı muhakkaktır. Ancak bu realite, ivaz karşılığı ödünç para alan kişinin “mağdur” olarak kabulüne haklılık kazandırmaz. Nitekim Yargıtay uygulamasında, tefeciden faiz karşılığı ödünç para alan kişinin davaya katılma ve hükmü temyiz etme yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Ancak 7. Ceza Dairesinin bazı kararlarında, faiz karşılığı ödünç para alan kişinin, tefecilik yaptığı iddia edilen şahıs hakkında görülmekte olan davada “**tanık**”<sup>21</sup> veya “**müşteki**”<sup>22</sup> sıfatını haiz olduğunu kabul etmektedir.

<sup>18</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. bası, Ankara, 2010, sh. 434 vd.

<sup>19</sup> *Meran*'ın aksi yöndeki görüşü (bkz. MERAN, Terazi, Kasım 2010, sh. 107), Türk Ceza Kanununu ile izlenen suç siyaseti ile bağdaşmamaktadır.

<sup>20</sup> Yargıtay 7.CD, 26.01.2010, 2007/15270, 2010/568; 22.01.2007, 2005/18128, 2007/49; 25.12.2006, 2005/16988, 2006/19550. Yargıtay'a göre, tefecilik suçundan dolayı açılan davalara **ancak maliye hazinesi** katılabilir, müdahil olabilir: 7.CD, 08.02.2002, 2002/1341, 2002/1276.

<sup>21</sup> Yargıtay 7.CD, 07.10.2009, 2007/5900, 2009/10180; 26.02.2007, 2004/7960, 2007/1134; 17.06.2003, 2002/23458, 2003/4982.

<sup>22</sup> Yargıtay 7.CD, 01.07.2004, 2003/7623, 2004/9059. Hatta, bazı kararlarda faizle ödünç para alan kişi, “mağdur” olarak da ifade edilmiştir: 7.CD, 08.02.2002, 2002/1341, 2002/1276.

## *Tefecilik Suçu*

Kanımızca, tefecilik suçunun mağduru, toplumu oluşturan ve istikrarlı makro ekonomide yararı bulunan herkeştir.

### **III- Suçun manevi unsurları**

Tefecilik suçu, **kasten** işlenebilen bir suçtur. Ancak, bu suçun oluşabilmesi için, kasttan ayrı olarak, tefecinin **kazanç elde etmek amacıyla** bir başkasına ödünç para vermesi gerekir. Bu itibarla, tefecilik suçu, bir **amaç suçu**dur. Ancak, **tefecilik suçunun oluşması için**, tefecinin kazanç elde etmek amacıyla para vermesi gerekirse de; yukarıda belirttiğimiz gibi, **kazancın elde edilmiş olması şart değildir**.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için, kazancın faiz olarak adlandırılması gerekmemektedir. Bu itibarla, ödünç para verenle alan arasındaki ilişkide kazanç, “faiz” olarak ifade edilmemiş olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, suçun konusundan farklı olarak, **kazancın para cinsinden olması şart değildir**.

### **IV- Hukuka aykırılık unsuru**

İvaz karşılığı ödünç para vermeye yetkili kılınan hallerde, ilgili mevzuatla belirlenen esaslar çerçevesinde ivaz karşılığı olarak ödünç para verme işlemlerini hukuka uygun kabul etmek gerekir. Bu hususlarda 5411 s. Bankacılık Kanunu ile 90 s. Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

### **V- Yaptırım**

Söz konusu suçun karşılığında “**iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası**” öngörülmüştür. Ayrıca, **bu suçun konusunu oluşturan paranın ve bu suçun işlenmesi suretiyle elde edilen kazancın** TCK’nın eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri (m. 54, 55) çerçevesinde **müsadere edileceğini** de gözden uzak tutmamak gerekir.

BOŞ

# YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA KİŞİSEL KUSUR

Yasin SÖYLER\*

## Özet

*Kişisel kusur anlayışının tarihsel gelişimi, özellikleri, ölçütleri, kişisel kusur sayılan haller, hizmet kusuru ve fiili yol ile ilişkisi ve konu ile ilgili hukuksal düzenlemeler Yargıtay kararları ışığında incelenmektedir. Bu çerçevede kişisel kusur anlayışının hem Anayasal ve yasal düzeyde hem de uygulamada ortaya çıkardığı hukuksal sorunlar tespit edilmekte ve bu sorunların çözümüne yönelik öneriler geliştirilmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Kişisel kusur, hizmet kusuru, idari sorumluluk, kamu görevlisinin sorumluluğu.*

## PERSONAL FAULT IN THE LIGHT OF SUPREME COURT DECISIONS

### Abstract

*Historical development of personal fault understanding, its features, criteria, the conditions of personal fault, its relationship with service-connected fault and voie de fait and the relevant legal regulations are reviewed in light of Supreme Court decisions. In this context, legal problems that occur both at the constitutional-legal level and in practice resulted from personal fault understanding are identified and developed recommendations for solution of such problems.*

**Key Words:** *Personal fault (faute personnelle), service-connected fault (faute de service), administrative liability, liability of public officer.*

## GİRİŞ

İdarenin kişilere vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulması hukuk devletin gereklerindedir. Hazine teorisinin uygulandığı dönemlerde de idarenin sorumluluğu kabul edilmiş olmakla birlikte, idareyi idare hukuku esas ve ilkeleri çerçevesinde sorumlu kılan kurallar, esas olarak hukuk devleti ilkesinin gelişmesiyle yerine oturmuştur. Türk hukuk sisteminde, Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında *İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı*

\* Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü

*ödemekle yükümlüdür* düzenlemesine yer verilmesi ile hukuk devleti olmanın bir gereği olarak idarenin mali sorumluluğu kabul edilmiştir.

İdarenin mali sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için idari faaliyetin yürütülmesinde bir aksaklık veya bozukluk nedeniyle kişilerin zarar görmüş olması şartının aranması, hizmet kusuru kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu gelişim Fransız hukukunda kendisini göstermiş ve Türk hukukuna da taşınmıştır. Hizmet kusuru kavramının gelişimi, karşısında kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen-hizmetten ayrılamayan kusurlu davranışlarının bulunabileceği ve hizmetten ayrılabilen kusurlu davranışlarının ise bizzat kamu görevlisinin kişisel kusuru kapsamında değerlendirilebileceği anlayışını doğurmuştur. Böylece, özel hukuktan idare hukukuna *hizmet kusuru* olarak taşınan kusur kavramına bir de *kişisel kusur* kavramı eklenmiştir. Fakat idare hukukuna taşınan gerek hizmet kusuru ve gerekse kişisel kusur kavramı idare hukukunun özellikleri çerçevesinde özel hukuktaki kusur kavramından farklı olarak kendine özgü nitelikler kazanmıştır.

Ülkemizde kişisel kusur kavramı esas olarak mahkeme kararları ile gelişmiştir. Kavramın gelişiminde Danıştay ve Yargıtay'ın büyük rolü olmuştur. Biz bu çalışmada kişisel kusur kavramını Yargıtay kararları ışığında inceleyeceğiz.

### **I. KİŞİSEL KUSUR KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI**

Kamu görevlisinin, göreviyle ilgili olarak kişilere verdiği zararların doğrudan sadece kamu görevlisi tarafından karşılanması ile sadece idare (devlet) veya kamu görevlisi ve idarece birlikte karşılanmasına yönelik anlayışlar ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği gibi, geçmişten günümüze de oldukça farklılık göstermiştir. Bu gelişimde, Anglo Sakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin izlediği yol ile Kıta Avrupa'sı hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin izlediği yol birbirinden oldukça farklı olmuştur. Türkiye'nin benimsediği yol, Tanzimat'tan günümüze büyük ölçüde Kıta Avrupa'sı hukuk isteminin şekillenmesinde de önemli rolü olan Fransız hukuk sisteminin izlediği yol olmuştur.

Sorumluluk hukukundaki gelişim devletin sorumluluğunun kabul edilmesi veya edilmemesine ilişkin farklılıkları bünyesinde barındırdığı gibi kamu görevlisinin sorumluluğunun kabul edilmesi veya edilmemesine ilişkin farklılıkları da bünyesinde barındırmıştır. Bu nedenle, gerek Anglo Sakson ve gerekse Kıta Avrupa'sı ülkeleri açısından devletin sorumluluğu konusunu ele



## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

alırken bir taraftan başlı başına devletin sorumluluğuna, diğer taraftan kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin gelişmelerin ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Anglo Sakson ülkelerinde uzun yıllar *Devletin Sorumsuzluğu İlkesi (The Sovereign Immunity Doctrine)* hakim olmuştur. Devletin sorumsuzluğu ilkesi, devletin kendi rızası olmaksızın devlete karşı dava açılabilme imkanını ortadan kaldırmıştır. Bu ilke, kişiler tarafından devlete karşı açılacak davalar sonucunda devletin mahkum olması durumunda kamu kaynaklarının gereksiz yere kullanılacağı ve kamu hizmetlerinin sunumunda etkinliği ortadan kaldıracacağı gerekçelerine dayandırılmıştır<sup>1</sup>. Diğer taraftan common law'da yer alan *Kral Hata Yapmaz (The King Can Do No Wrong)* özdeyişinden doğan ilkenin, Taç'ın kutsal bir değere sahip olması ve Taç'a karşı dava açılabilme düşüncesinin bu kutsallığa ters düşmesine ilişkin bir yönü de bulunmaktadır.

Bununla birlikte, hangi gerekçeyle olursa olsun devlete karşı dava açılabilme imkanının bulunmamasının zamanla ortaya çıkardığı kişisel hak mağduriyetleri karşısında Anglo Sakson hukukunda da devletin sorumluluğu ilkesi 20. yüzyıla doğru kural olarak kabul edilmeye başlanmıştır. ABD'de 1946 yılında Federal Tort Claims Act'ın yürürlüğe konulması ile devletin sorumluluğu, *in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances* çerçevesinde kabul edilmiştir<sup>2</sup>. Bununla birlikte, bu ilkenin bazı istisnaları da yürürlüğe konulmuştur. The discretionary function exemption<sup>3</sup>, haksız fiillerin kasıtlı olarak işlenmesi gibi bazı durumlarda devletin sorumluluğuna istisna getirilmiştir<sup>4</sup>. Devletin sorumsuzluğu ilkesinden vazgeçilmesinde mahkemelerin de büyük rolü olmuştur.

İngiltere'de kral hata yapmaz anlayışının bir sonucu olarak 1948 yılına kadar Taç'ın mali sorumluluğu yoluna gidilememiştir. Kamu görevlisine karşı dava açılabilmesinin kişisel hak mağduriyetlerini önleyeceği düşüncesi de Taç'a karşı dava açılabilmesini engelleyen bir husus olmuştur. Devletin so-

<sup>1</sup> George A. Bermann, "Integrating Governmental and Officer Tort Liability", *Columbia Law Review*, Vol. 77, 1977, p. 1176.

<sup>2</sup> Bermann, p. 1176.

<sup>3</sup> "based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused."

<sup>4</sup> Henry Cohen, Vanessa K. Burrows, *Federal Tort Claims Act, CRS Report for Congress*, 2007, p. 1-2.

rumsuzluğu ilkesinden kural olarak sorumluluğuna geçiş İngiltere’de 1947 tarihli Crown Proceedings Act ile gerçekleştirilmiştir. Kraliyet ajansları ve çalışanları tarafından gerçekleştirilen haksız fiillerinden dolayı Taç’ın vekaleten sorumluluğu (the doctrine of vicarious responsibility) kabul edilmiştir. Bununla birlikte bu sorumluluğun da istisnaları bulunmaktadır.

İngiliz ve Amerikan hukukunda, kamu görevlisinin görev alanına ilişkin olarak kişilere zarar verici işlem ve eylemlerinden dolayı kişisel sorumluluk esası ise evvelden beri uygulana gelmiştir. Anglo-Sakson hukukunda *kamu görevi*, *kamu hizmeti*, *kamu gücü* gibi kavramlar kamu görevlisine karşı kişisel sorumluluk açısından dava açılmasını engellemektedir. Kural, kişisel sorumluluk esası olmakla birlikte bu kuralın bazı istisnaları da zamanla gelişmiştir. Örneğin, hakimler yargılama faaliyetine ilişkin olarak kötü niyetli davranışlar dahi kişisel olarak sorumlu tutulamamaktadırlar<sup>5</sup>. Yine örneğin, ABD’de 1988 tarihinde yürürlüğe konulan The Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act ile federal görevlilerin görev alanlarına ilişkin olarak ortaya çıkan haksız fiillerden dolayı kural olarak sorumsuzlukları kabul edilmiştir<sup>6</sup>.

İngiliz ve Amerikan hukukunda devletin sorumluluğuna ilişkin gelişmeler, devletin sorumsuzluğu ilkesinden-devletin sorumluluğu ilkesine doğru bir gelişim gösterirken kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin gelişmeler ise kamu görevlisinin sorumluluğundan-sınırlı sorumluluğuna doğru bir gelişim göstermiştir. 20. yüzyılın sonlarına doğru mahkemeler, kişisel sorumluluğun kabulünün kamu görevlisinin yetkilerini gereği gibi kullanmaktan geri koyaacağı ve bu nedenle kamu görevlisinin görev alanı içerisinde yer alan takdir yetkisinin kullanılmasını gerektiren işlemlerin alınmasında makul ve iyiniyetli olarak hareket etmesi durumunda kişisel olarak sorumlu tutulamayacakları sonucuna varmışlardır<sup>7</sup>. (Qualified Immunity)

Devletin ve kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu İngiliz ve Amerikan hukukunda büyük ölçüde benzer etkenlerden kaynaklanmış ve benzer doğrultuda gelişme göstermiş olmasına rağmen, Kıta Avrupa’sı ülkelerindeki gelişmeler ve ulaşılan sonuçlar bundan oldukça farklılık göstermiştir<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Rolf Braband, “Liability in Tort of The Government and Its Employees: A Comparative Analysis With Emphasis on German Law”, *New York University Law Review*, Vol. 33, 1958, p. 19.

<sup>6</sup> Cohen/Burrows, p. 18-19.

<sup>7</sup> Bermann, p. 1178.

<sup>8</sup> Braband, p. 21.

## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak Fransa’da idare ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere ayrı bir yargı düzeni oluşturulması ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının adli hukuk kurallarından farklı içerikte gelişmesi, devletin ve kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin kuralların da Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı yönde şekillenmesinde etkili olmuştur. Fakat 1870’lere kadar Fransa’da da kral hata yapmaz anlayışı hakim olmuştur<sup>9</sup>. Hatta, bu döneme kadar kamu görevlisine karşı da dava açılabilmesine sınır getirilmiştir. Kamu görevlisine karşı ancak Conseil d’Etat’ın onayı üzerine dava açılabilmiştir<sup>10</sup>. Fransa’da ilk kez 1873 yılında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesince verilen *Blanco* kararı ile idari kusurun, özel hukuktaki kusur kavramından farklı olduğu ortaya konulmuş ve kamu görevlisi ile devletin sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>11</sup>. Kişisel kusur kavramı ise 1870’li yıllardan itibaren Fransız Danıştay’ı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kişisel kusuru hizmet kusurundan ayırt etmesiyle ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Kişisel kusur kavramı ilk ortaya çıkış şekliyle, kamu görevlisinin kişilere zarar verici kimi davranışlarının hizmetten ayırlamayacağı, kimilerinin ise ayrılabilceği şeklinde bir ayırım ile kendisini göstermiştir. Bu çerçevede, eğer kamu görevlisinin zarar verici davranışı hizmetten ayırlamıyor ise bu bir hizmet kusurunun bulunduğu davranıştır ve bundan dolayı sadece idare sorumludur. Sorumluluğu değerlendirecek olan da idari yargıdır. Yok eğer kamu görevlisinin zarar verici davranışı hizmetten ayrılabilir ise bu kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu bir davranıştır ve bundan dolayı sadece kamu görevlisi sorumludur. Bu sorumluluğu belirleyecek olan da adli yargı mercileridir<sup>12</sup>.

Fransa’da ilk ortaya çıkış şekliyle kişisel kusur ile hizmet kusuru birbirinden ayrı değerlendirilmekteydi. Yani, kamu görevlisinin zarar verici bir davranışından dolayı kişisel kusur ile hizmet kusurunun bir arada bulunması ve

<sup>9</sup> Bermann, p. 1204.

<sup>10</sup> Bermann, p. 1204.

<sup>11</sup> A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 517. 1873 tarihli Blanco kararı Fransa’da devletin sorumsuzluğu ilkesinden vazgeçilip, devletin sorumluluğu ilkesinin kabul edildiği dönemin başlangıcı olarak görülmektedir. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, İkinci Baskı, Cilt: II, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009, s. 1018-1021. Ender Ethem Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1062.

<sup>12</sup> A. L. G. Dutheillet de Lemothe, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çeviren: S. Derbil, **AÜHF Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1-4, 1960, s. 116.

aynı zarardan dolayı hem kamu görevlisinin hem de idarenin sorumlu tutulması anlayışı henüz benimsenmemiştir<sup>13</sup>. Zamanla, bu yönde bir gelişim kendisini göstermiştir.

Almanya'daki gelişmeler ise hem Anglo Sakson ülkelerinden hem de Fransa'dan oldukça farklı yönde seyretmiştir<sup>14</sup>. 19. yüzyıla kadar common law'da olduğu gibi kamu görevlisinin özel hukuk hükümlerine göre kişisel sorumluluğu kural olarak kabul edilmiştir<sup>15</sup>. 20. yüzyılda yürürlüğe konulan Alman Anayasaları ile ise devletin sorumluluğu kamu hukukunun temel ilkelelerinden birisi olarak düzenlenmiştir.

Devletin sorumsuzluğu ilkesi, Anglo Sakson ülkelerinde olduğu gibi Almanya'da etkili olamamıştır. Almanya'da gelişen Hazine Teorisi de devletin sorumsuzluğunun katı bir kural olarak uygulanmasını engellemiştir. Roma hukukuna dayanan hazine teorisi devletin kamu gücüne dayanarak yaptığı işlemlere karşı dava açılmasını engellerken ayrı bir kişilik olarak ortaya çıkan hazineye karşı özel hukuk kurallarına dayanılarak dava açılabilmesine imkan tanımıştır<sup>16</sup>. Almanya'da hazine teorisinin de aşılması devletin sorumluluğunun hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmesi Weimar Anayasasının yürürlüğe konulduğu 1919 yılına kadar hep tartışıla gelmiştir.

Almanya'da kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu ile ilgili olarak ise The German Civil Code'un 1900 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte anılan kanun ile kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu, genel haksız fiil sorumluluğundan ayrı olarak düzenlenmiştir. BGB'nin 839. maddesinin birinci fıkrasına göre, kamu görevlisinin *kamu görevini* yerine getirirken kasıtlı olarak veya ihmalen üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda bu zararı tazmin etmesi gerekir. Fıkranın devamında kamu görevlisinin üçüncü kişiye karşı ihmalen zarar verici bir eylem veya işlemde bulunması durumunda kamu görevlisinin sadece, eğer zarar gören kişi zararını başka bir yoldan karşılamamış ise sorumlu tutulabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. BGB'nin 839. maddesi, genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 823. ve 826. maddeye göre özel bir düzenlemedir<sup>17</sup>. 839. madde, kamu görevlisinin kamu görevi ile ilgili olarak or-

<sup>13</sup> Lemothe, s. 116.

<sup>14</sup> Braband, p. 22.

<sup>15</sup> Bermann, p. 1208.

<sup>16</sup> Braband, p. 32-33.

<sup>17</sup> 823. madde, "Kasıtlı olarak veya ihmalen bir başka kişinin hayat, vücut, sağlık, hürriyet, mülkiyet veya başka bir hakkını ihlal eden bir kişi bu ihlalden ortaya çıkan zararı tazmin et-

## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

taya çıkan sorumluluğuna ilişkindir. Kamu görevlisinin görevi ile ilgili olmayan kusurlu eylem ve işlemlerinden dolayı ise BGB'nin 823. ve 826. maddelerine göre sorumluluğuna gidilebilmiştir<sup>18</sup>. Bu ayrım, Fransız ve Türk hukukundaki hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına benzetilmektedir<sup>19</sup>.

1919 tarihli Weimar Anayasasının 131. maddesi ile kamu görevlisinin eylem ve işlemlerinden dolayı devletin birincil sorumluluğu kabul edilmiştir. 131. maddeye göre bir kamu görevlisi görevi ile ilgili olarak ve kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemler ile üçüncü bir kişiye zarar verirse, kural olarak sorumluluk idarenin üzerindedir. Kamu görevlisine karşı rücu hakkı saklıdır. Yeni Anayasanın 34. maddesine göre ise kamu görevinin uygulanması kendisine verilen bir kişinin kamusal yükümlülüklerini üçüncü kişiye karşı ihlal etmesi durumunda sorumluluk kural olarak devlet veya o kişiyi istihdam eden kamu kurumundadır. Kamu görevini yürüten kişinin kötü niyetli veya kasıtlı olması durumunda bu kişiye karşı rücu hakkı saklıdır. Tazminat talebi ve rücu hakkı ile ilgili olarak genel mahkemeler yargı yetkisinden muaf tutulamaz.

Almanya'da 20. yüzyılda, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesinin artmasıyla birlikte, kişisel hak ve hürriyetlere müdahalede de büyük artışlar ortaya çıkmıştır. Bu durum ise devlet ve kamu görevlileri ile üçüncü kişileri çok sık karşı karşıya getirir bir sonuç ortaya çıkarmıştır. Bu gelişmeler beraberinde Fransa'da olduğu gibi devlet ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ayrı bir hukuksal rejime ve yargı düzenine tabi tutulmasını gerektirmiştir. Almanya'da devlet ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere ayrı bir yargı düzeni oluşturulmasına rağmen Fransa ve Türkiye'den farklı olarak devletin sorumluluğuna ilişkin davalar adli yargı düzeninin görev alanında bırakılmıştır.

Türkiye'de ise idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğunun adli yargı mercileri yerine idari yargı mercilerine bırakılması ile özel hukuktaki kusur kavramından farklı olarak idari kusur kavramı gelişmeye başlamıştır. 1876 Kanun-u Esasisinin 85. maddesinde idare ile kişiler arasında ortaya çıkan davaların genel (adli) mahkemelerde görüleceği düzenlendiği için, idari

---

mek zorundadır....."; 826. madde, "Örf ve adet kurallarının ihlali ile kasıtlı olarak bir diğer kişinin zarara uğramasına neden olan kimse bu ihlalden ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır" şeklindedir.

<sup>18</sup> Bermann, p. 1202-1209.

<sup>19</sup> Braband, p. 23-25.

kusur kavramı bu dönemde gelişmemiştir. İlk kez 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte anılan Kanunun 51. maddesinde idari dava ve uyuşmazlıkları çözüme görevi Şûray-ı Devlete verilmiştir. 30/12/1938 tarihli ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanununun 23. maddesinin (A) bendinde *rüyeti adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak davalar Devlet Şurasında rüyet ve hallolunur* hükmü yer almıştır<sup>20</sup>. 1961 Anayasasının 114/son hükmünde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu ve 1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 30. maddesinde idari eylem ve işlemlerden hakları etkilenenlerin Danıştay'da dava açmaları öngörülmüştür. 1982 Anayasası da 125/son maddesinde aynı düzenlemeyi esas alarak idarenin sorumluluğu esasını benimsemiş ve 1982 yılında yürürlüğe konulan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile de *idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarının* idari yargı mercilerince çözümleneceği öngörülmüştür. Özetle, ilk kez 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun yürürlüğe girmesi ile idari dava ve uyuşmazlıkların çözümünün idari yargı mercilerine bırakılması ve idari yargı mercilerinin idarenin sorumluluğu için özel hukuktaki kusur kavramından farklı olarak idare hukukuna özgü idari bir kusurun bulunması zorunluluğunu aramaları ile idari kusur kavramı gelişmeye başlamıştır<sup>21</sup>. Hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımı ise 1965 yılına kadar doktrinde tartışılmış<sup>22</sup> ve mahkeme içtihatları ile şekillenmiş, 1965 yılında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe konulması ile bu ayrıma ilişkin tartışmalar hız kazanmış ve nihayet 1982 Anayasası ile öngörülen düzenlemeler ve bu çerçevedeki tartışmalar ile günümüze kadar taşınmıştır.

## **II. HİZMET KUSURU – KİŞİSEL KUSUR AYRIMI**

Türk hukukunda hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı hala varlığını sürdürmektedir. Bu ayrımın ortaya konulabilmesi için hizmet kusuru ile kişisel kusur kavramlarının açıklanması, ayrımın gerekçesinin ve sonuçlarının ayrıca ele alınması gerekir.

<sup>20</sup> Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 159, Ankara, 1961, s. 136.

<sup>21</sup> Gözler, s. 1021-1022.

<sup>22</sup> Bkz. Tandoğan, s. 139-147. Lütfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 7-9.

### **A. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur**

Hizmet kusuru, herhangi bir kamu görevlisine<sup>23</sup> izafe edilsin veya edilmesin ondan bağımsız olarak nesnel, asli ve objektif bir şekilde bizzat idari bir faaliyetin yürütülmesindeki aksaklık veya bozukluğu ifade eder<sup>24</sup>. Hizmet kusurunun gerçekleşmesi için, idari faaliyetin yürütülmesinde kamu görevlisinin kusurunun bulunup bulunmaması önemli değildir. Önemli olan, idari faaliyetin yürütülmesindeki bir aksaklık veya bozukluktan dolayı kişilerin zarar görmüş olmalarıdır<sup>25</sup>. İdare hukukunda idarenin mali sorumluluğu, esas olarak bu anlamda *hizmet kusuru* kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>26</sup>.

Hizmet kusuru, kendine has kural ve ilkeleri bulunan idare hukukuna özgü bir kusur türüdür. İdare hukukuna, özel hukukun kusur kavramından taşınmakla birlikte ondan bağımsız ve kendine özgü nitelikler kazanmıştır<sup>27</sup>. Sadece bünyesinde barındırdığı kendine özgü kural ve ilkelerle değil, tespitinin idari yargı mercilerince yapılması ve hizmet kusurunun bulunması durumunda idarenin sorumluluğuna idari yargı mercilerince karar verilmesi yönüyle de özel hukuktaki kusur ve haksız fiil sorumluluğundan farklılık göstermektedir.

İdarenin bazı durumlarda herhangi bir kusuru bulunmasa dahi sorumluluğunun öngörüldüğü haller söz konusu olabilmektedir<sup>28</sup>. Kusursuz sorumlu-

<sup>23</sup> İşçiler kamu görevlisi kapsamında yer almazlar. İşçilerin kusurlu davranışlarından dolayı idare, BK 55'e göre sorumludur.

<sup>24</sup> Gözübüyük/Tan, s. 531-532. Metin Günay, **İdare Hukuku**, Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 321-324. Hizmet kusurunun idari bir faaliyetin yürütülmesindeki aksaklık veya bozukluk olarak tanımlanması, kusurun ancak bir insan fiilinden kaynaklanabileceği, bir tüzel kişinin veya soyut bir şekilde "hizmet"in bir kusurunun bulunamayacağı ve bu nedenle hizmet kusuru kavramından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Gözler, s. 1059-1060.

<sup>25</sup> Danıştay kararlarında ve doktrinde hizmet kusuru, herhangi bir kamu görevlisine izafe edilsin ya da izafe edilmesin ondan bağımsız olarak nesnel ve objektif bir şekilde bizzat kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak ifade edilmektedir. Her ne kadar hizmet kusuru, kamu hizmetinin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi olarak ifade edilse de kötü veya geç işleyen ya da hiç işlemeyen sadece idarenin bir faaliyeti olan *kamu hizmetleri* değildir. Kolluk faaliyeti gibi idarenin diğer faaliyetlerinde de hizmet kusuru söz konusu olabilir.

<sup>26</sup> Atay, s. 1065.

<sup>27</sup> Atay, hizmet kusurunun özelliklerini 5 ana başlıkta toplamaktadır. Yazara göre bunlar: hizmet kusurunun bağımsız, anonim, genel, esnek ve asli-birinci derece oluşudur. Atay, s. 1073-1077.

<sup>28</sup> Kusurlu veya kusursuz sorumluluğun her ikisinde de idarenin sorumluluğu için kural olarak idari bir eylem veya işlem, bu eylem veya işlemde ortaya çıkan bir zarar ve idari eylem veya işlem ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması zorunluluğu aranmaktadır.



luk halleri olarak ifade edilen bu tür durumlarda idarenin herhangi bir kusuru aranmadığı için, hizmet kusurunun gerçekleşmesi de elbette beklenemez<sup>29</sup>. O halde hizmet kusuru, idarenin kusurlu sorumluluk hallerine özgü bir kavram olarak değerlendirilmelidir<sup>30</sup>.

İdare hukukunda idarenin sorumluluğu açısından kusurun hizmet kusuru olarak farklı bir şekilde ele alınması, beraberinde kamu görevlisinin görevi ile ilgili olarak kimi kusurlu davranışlarıyla kişilere zarar vermesi durumunda, hem söz konusu kamu görevlisinin kişisel kusuru dolayısıyla hem de idarenin, kamu görevlisinin davranışlarından dolayı hizmet kusuru dolayısıyla doğrudan sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu noktada hizmet kusuru ile kişisel kusur ayırımı kendisini gösterir.

Kişisel kusur kavramı idare hukukuna özgü bir kavramdır<sup>31</sup>. Kişisel kusur, mevzuatta tanımlanmış değildir. Mahkeme kararları ile ortaya çıkmış, anlam ve içeriği geliştirilmiştir. Kamu görevlilerinin, görevleri içerisinde ve faaliyet yaptıkları görevden ayrılabilen kimi kusurlu davranışları *kişisel kusur* kavramı içerisinde değerlendirilmektedir<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Bu ayırım idare hukukuna özel hukuktan taşınmıştır. Özel hukukta sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk ve sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluk olarak 3 farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Haksız fiilden doğan sorumluluk ise kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılır. Borçlar Kanunu kural olarak kusur sorumluluğunu esas almıştır. (BK 41) Ancak, istisnai olarak kusursuz sorumluluk halleri de düzenlenmiştir. (BK 55, 56, 58)

<sup>30</sup> İdarenin mali sorumluluğu daha geniş anlamda, idarenin özel hukuk sorumluluğu ve idarenin kamu hukuku sorumluluğu olarak ele alınabilir. İdarenin özel hukuk sorumluluğu, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden, fiili yol veya usulsüz el koymadan, sinai ve ticari kamu hizmetlerinin yürütülmesinden ya da kanunla özel hukuka tabi kılınmış zararlardan kaynaklanabilir. İdarenin kamu hukuku sorumluluğu ise akdi idari sorumluluk (idarenin sözleşmeden doğan sorumluluğu) ve sözleşme dışı idari sorumluluk şeklinde kendisini gösterir. Akdi idari sorumluluk, idarenin bir özel hukuk kişisiyle yapmış olduğu idari bir sözleşme hükümlerine aykırı davranarak söz konusu özel hukuk kişisine zarar vermesi durumunda söz konusu olur. Sözleşme dışı idari sorumluluk ise doğrudan idarenin bir eylem veya işlemi ile kişilere zarar vermesi durumunda söz konusu olur. Sözleşme dışı idari sorumluluk, idarenin kusurlu sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu olarak iki şekilde karşımıza çıkar. Söz konusu sınıflandırmalar için bkz. Gözler, s. 1015-1016, 1023. Anayasanın 129/5 hükmü ile 657 sayılı Kanunun 13. maddesini (ve çerçevede hizmet kusurunu) idarenin bir kusursuz sorumluluk hali olarak gören yazarlar olmuş ve bu görüş eleştiriye uğramıştır. Eleştiri için bkz. Cüneyt Ozansoy, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, 1-4, Mayıs 1990, Ankara, s. 77. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 26-27.

<sup>31</sup> Özel hukukta kusur, “*hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin knadığı bir irade veya irade noksanı*” olarak tanımlanmaktadır. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ondokuzuncu Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 148.

<sup>32</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin, Ankara,



## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

Kamu görevlisinin tamamen görevi dışında kalan kusurlu davranışlarından dolayı sıradan bir vatandaş gibi Borçlar Kanununun 41. vd. maddelerine göre sorumlu tutulması kişisel kusur kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>33</sup>. Kişisel kusurdan söz edilebilmesi için kamu görevlisinin görevi içerisinde kusurlu bir davranışının olması gerekir. Ayrıca bu kusurlu davranış, kamu görevlisinin yaptığı görevden ayrılabilen kusurlu bir davranış olmalıdır. Doktrinde ve mahkeme kararlarında genel olarak, kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamaması, görevi içerisinde kötü niyetli davranması, suç oluşturan veya ağır kusur gerektiren fiiller işlemesi durumlarında kişisel kusurlu olduğu kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Borçlar Kanunu çerçevesinde kamu görevlisinin görev içerisinde kişisel kusurunun kabul edilmesi, beraberinde kusurlu bulunan kamu görevlisinin neden olduğu zarardan dolayı doğrudan sorumlu tutulmasını, bu sorumluluktan doğan davaların da adli yargı mercilerinde görülmesini zorunlu kılmaktadır.

### **B. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun Birleşmesi**

İdare hukukunda hizmet kusuru yanında kişisel kusurun da kabul edilmesi, hizmet kusuru ile kişisel kusurun çoğu zaman iç içe geçmesine neden olmaktadır<sup>35</sup>. Şöyle ki örneğin, bir kamu görevlisi yargı kararını uygulamaması durumunda kişisel olarak kusurludur ve bu durumda aynı zamanda idare de, yargı kararının uygulanmamasındaki aksaklıktan dolayı soyut olarak kusurludur. Bu ikinci durum hizmet kusuru olarak ele alındığında, bu örnekte kişisel kusur ile hizmet kusuru iç içe geçmiştir. Bir diğer deyişle, yargı kararının uygulanmamasında hem bu kararı uygulamayan kamu görevlisinin kişisel kusuru

---

2009, s. 614.

<sup>33</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 150. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 49. Örneğin, kamu görevlisinin hafta sonu tamamıyla göreviyle ilgisiz olarak bir başka kişiye zarar vermesi durumu. Gözler bu durumu “saf kişisel kusur” kavramı çerçevesinde ele almakta ve aynı sonuca ulaşmaktadır. Gözler, s. 1149. Kimi yazarlar ise kişisel kusuru, kamu görevlisinin tamamen görevi dışında kalan kusurlu davranışlarına inhisar ettirmektedir. A. Şeref Gözübüyük, **İdari Yargı**, Ankara, 1970, s. 220. (Naklen: Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 37.)

<sup>34</sup> Günday, s. 326-327. Atay, s. 1082.

<sup>35</sup> Günday, s. 327-329. Hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçtiği bu tür durumlarda kamu görevlisinin kişisel kusuru *görevsel kusur* olarak da isimlendirilmektedir. Görevsel kusur, kamu görevlisinin görevi içerisinde ve görevinden ayrılamayan kusurlu eylem ve işlemleri olarak tanımlanmaktadır. Gözübüyük/Tan, s. 524-525. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 614. İdarenin sorumluluğu hususu söz konusu olduğunda oldukça karmaşık bir şekilde karşımıza çıkan kusur kavramlarından bazıları şunlardır: İdari kusur, hizmet kusuru, hizmetin kusuru, hizmetten ayrılabilen/ayrılmayan kusur, görev kusuru, görevsel kusur, kişisel kusur, salt kişisel kusur. Ozansoy, s. 74.

ru bulunmakta, hem de yargı kararının uygulanmasında gerekli özen ve dikkati göstermeyen idarenin hizmetin kötü işlemlerinden dolayı hizmet kusuru bulunmaktadır. Bu nedenle, bir kamu görevlisince yargı kararının uygulanmaması durumunda hem kişisel kusurundan dolayı kamu görevlisinin hem de hizmet kusurundan dolayı idarenin mali sorumluluğunun bulunduğu ileri sürülmüştür<sup>36</sup>.

Yargıtay'ın kimi kararlarında, yargı kararının uygulanmaması gibi kamu görevlisinin kimi kusurlu davranışlarının *salt kişisel kusurdan* kaynaklandığı ve bu nedenle bu tür kusurlu davranışların hizmetle hiçbir ilgisinin bulunmadığı tespiti de yapılmıştır<sup>37</sup>. Kamu görevlisinin kimi kusurlu davranışlarının salt kişisel kusurlu davranışlar olarak kabul edilmesi ve hizmetle bağının koparılması, idarenin, kamu görevlisinin söz konusu kusurlu davranışlarından dolayı sorumlu tutulmaması sonucunu doğurur. Bu durumda, hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçmesi sorunu ortadan kalkmaktadır. Çünkü kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğu hallerde, idarenin hizmet kusurundan bahsedilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarında çoğu zaman kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğu durumlar da idarenin hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmeye çalışılmaktadır<sup>38</sup>.

Bu noktada kamu görevlisinin hangi tür eylem ve işlemlerinin kişisel kusur ya da salt kişisel kusurlu olacağı, hangilerinin ise olmayacağını belirlemek gerekir. Örneğin, yargı kararlarının uygulanmaması salt kişisel kusur oluşturuyor ise artık hizmet kusurundan ve idarenin sorumluluğundan bahsetme olanağı kalmayacaktır. Aksine, yargı kararlarının uygulanmaması kişisel kusur olmakla birlikte, salt kişisel kusur niteliğinde değilse, yargı kararının uygulanmamasından dolayı hem kişisel kusurundan dolayı kamu görevlisi hem de hizmet kusurundan dolayı idare sorumlu tutulabilecektir.

Gözler, kamu görevlisinin, görevinin tamamıyla dışında işlemiş olduğu kusuru *saf kişisel kusur* olarak adlandırmakta ve saf kişisel kusurdan dolayı

<sup>36</sup> Gözler, s. 1153. Böyle bir durumda aynı olaydan dolayı kamu görevlisine karşı kişisel kusurundan dolayı adli yargıda veya idareye karşı hizmet kusurundan dolayı idari yargıda dava açılabilirliğinin kabulüyle zarar gören kişiye adli-idari yargı arasında seçim hakkı tanınmasının görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ile çeliştiği ifade edilebilir.

<sup>37</sup> Bkz. Dipnot 68.

<sup>38</sup> Gözübüyük/Tan, s. 527. Lütfi Duran, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 2, Haziran 1984, s. 6. Y4HD, 17.11.1986, E: 1986/4898, K: 1986/7786, YKD, C. 13, Sayı: 2, s. 200. Y4HD, 4.4.1979, E: 1979/2851, K: 1979/4299, YKD, Cilt: 5, Temmuz 1979, Sayı: 7, s. 970.

## ***Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur***

sadece kamu görevlisinin kişisel olarak sorumlu olacağını belirtmektedir. Yazara göre örneğin, devlet hastanesinin memuru olan bir hekimin özel muayenesinde hasta tedavi ederken işlediği kusur saf kişisel kusurdur ve bu kusurdan dolayı sadece hekim sorumludur. Şu halde yazar, salt kişisel kusuru kamu görevlisinin görevinin tamamıyla dışında işlemiş olduğu kusur olarak algılayarak kamu görevlisinin tamamıyla görevi dışında olmayan her kişisel kusurlu durumunda, hizmet kusurunun da bulunduğunu kabul etmektedir<sup>39</sup>. Bir diğer deyişle yazara göre, kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu her durumda idarenin de hizmet kusuru bulunur.

### **C. Kişisel Kusurun Ortaya Çıkardığı Sorumluluğun Sahipliğine İlişkin Tartışmalar**

Kamu görevlisinin idari faaliyetlerin yürütülmesi sırasında kişisel kusurlu bir davranış içerisine girmesi ve bu davranıştan kişilerin zarar görmesi durumunda, kamu görevlisinin doğrudan bizzat kendisinin mi, yoksa idarenin mi ya da her ikisinin mi sorumlu tutulması gerektiği tartışmalarına neden olmaktadır<sup>40</sup>. Aslında, bu üç farklı yöntemden herhangi birinin savunulmasını haklı kılacak sebepler olduğu gibi savunmasız bırakabilecek sebepler de bulunmaktadır<sup>41</sup>. Kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sadece kendisinin doğrudan sorumlu tutulması, kamu görevlisi üzerindeki tazminat tehdidi nedeniyle daha dikkatli davranılmasını gerektirirken ayrıca kişisel kusurun hizmet kusurundan ayrıştırılması nedeniyle idarenin kusurunun bulunmadığı varsayılan bir eylemden dolayı sorumlu tutulmaması gibi olumlu bir sonucu da doğurur. Bununla birlikte, sadece kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı doğrudan sorumlu tutulması, zarara uğrayan kişilerin ödeme gücü yetersiz kamu görevlileri karşısında mağdur olmalarına neden olabilir. Ayrıca, bu yaklaşım tazminat tehdidi altında kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleyebilir. İkinci yöntem olarak, ortaya çıkan zarardan sadece idarenin sorumlu tutulması, kamu görevlisinin yetkisini kullanırken tazminat tehdidi altında kalmadan gereği gibi hareket etmesini sağlar. Fakat, kamu görevlilerine sağlanan bu güvence nedeniyle kamu görevlileri her nasıl olsa doğrudan sorumlu tutulamayacakları için ve hatta rücu müessesesinin işletilemeyeceği durumlar da göz önüne alınarak, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kişileri zarara uğratmamak için gerekli özen ve dikkati göstermeyebilirler. Bu iki yöntem

<sup>39</sup> Gözler, s. 1148.

<sup>40</sup> Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 5.

<sup>41</sup> Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 7-8.

göre, kişiler üzerinde ortaya çıkan zarardan kişisel kusuru nedeniyle doğrudan kamu görevlisi yanında idarenin de sorumlu tutulması yöntemi, zarar gören kişilerin zararlarını ödeme gücü yetersiz olan kamu görevlilerinden karşılayamamaları durumunda idareden karşılayabilmeleri açısından daha güvenlidir. Fakat, bu durumda da idare ile kamu görevlisi arasında sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilmektedir<sup>4243</sup>.

Söz konusu 3 farklı yöntemden herhangi birinin tercih edilmesinin, idare, kamu görevlisi ve zarar gören kişi açısından ortaya çıkaracağı olumlu ya da olumsuz sonuçlar yanında görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından da bir etkisi bulunmaktadır. Şöyle ki kamu görevlisine karşı kişisel kusurundan dolayı doğrudan dava açılabilmesinin kabul edilmesi, kamu görevlisine karşı açılacak davaların adli yargı mercilerinde görülmesi sonucunu doğurur. Kamu görevlisine karşı dava açılmamasının kabulünde ise idareye karşı açılacak davalar idari yargı mercilerinde görülecektir. Hem kamu görevlisine hem de idareye karşı dava açılabilmesinin kabulünde ise kamu görevlisine karşı adli yargıda, idareye karşı ise idari yargıda dava açılacaktır<sup>44</sup>.

Kusurlu faaliyetin ortaya çıkardığı zararın doğrudan kamu görevlisi veya idare ya da her ikisine karşı ödettilmesine ilişkin yaklaşımın yasa koyucunun tercihinine ilişkin bir husus olması gerektiğini belirtmemiz gerekir<sup>45</sup>. Yasal

<sup>42</sup> Türk hukukunda kamu görevlilerin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin kamu görevlileri açısından bir tür dokunulmazlık sağlamayı amaçladığı ileri sürülmektedir. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 19.

<sup>43</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında, A... İl Emniyet Müdürlüğünde görevli bazı kamu görevlilerinin İl Emniyet Müdürlüğünün 9. katında Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı ve mevzuata uygun şekilde kurulmuş dinleme odası mevcut iken, İstihbarat Daire Başkanlığının bilgi ve onayı olmamasına rağmen aynı binanın 8. katında teknik kurallara aykırı olarak ayrı bir dinleme odası kurdukları, bu odada mevzuata aykırı olarak mahkeme kararı olmaksızın telefon dinlettikleri iddiasıyla, kendilerine karşı idare tarafından açılan rücu tazminat davasına ilişkin olarak, "...İdarenin böyle bir birimin hangi gerekçe ve ihtiyaca dayalı olarak kurulduğunu ve faaliyetlerini araştırması ve denetim görevini yapması gerekecektir. Bu hususların yerine getirilmemiş olması idarenin kendi kusurundan kaynaklanmaktadır. Davalıların kişisel kusur ve sorumlulukları ispatlanmamıştır" sonucuna ulaşmıştır. YHGK, 18.2.2009, E: 2009/4-48, K: 2009/84, <http://www.hukuksokagi.com>, (31.5.2010). Görüldüğü üzere, kamu görevlisinin ikincil derecede sorumluluğu (rücu müessesesi) kimi zaman da bu şekilde kamu görevlisini, kişisel kusurlu bir eyleminin sorumluluğundan kurtarabilmektedir.

<sup>44</sup> Tandoğan, s. 142. Hem kamu görevlisine hem de idareye karşı dava açılabilmesinin kabulü halinde, kamu görevlisine karşı adli yargıda, idareye karşı ise idari yargıda dava açılması "hizmet kusuru" nun kabulünden kaynaklanmaktadır.

<sup>45</sup> Bununla birlikte bazı Anayasal sınırlar bulunmaktadır. Anayasanın 125/son hükmünde yer alan "İdare *kendi* eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü idare

## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

bir düzenleme bulunmaksızın, böyle bir durumda doğrudan kamu görevlisini veya idareyi ya da her ikisini birden sorumlu tutmanın pozitif hiçbir dayanağı bulunmayacaktır. Bu durumda, ileri sürülen görüşler ancak temenni niteliğinde kalacaktır. Hukuk politikasının bir sonucu olarak yasa koyucu tarafından, idari faaliyetin yürütülmesinde kusuru bulunan kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğu öngörülebileceği gibi sadece idarenin sorumluluğu veya hem idarenin hem kusurlu kamu görevlisinin sorumluluğu da öngörülebilir. Hatta, idari faaliyetin yürütülmesinde kamu görevlisinin kimi kusurlu eylem ve işlemleri sadece ona atfedilen salt kişisel kusurlu eylem ve işlemler olarak değerlendirilip sadece onun mali sorumluluğu da öngörülebilir.

### **III. TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, *Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır* hükmü ve 129. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, *Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir* hükmü ile Türk hukukunda yasa koyucu, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı doğrudan sorumlu tutulamayacakları tercihinde bulunmuştur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de buna benzer bir düzenleme yer almıştır. Anılan Kanun maddesine göre, *Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevlerini yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*

---

renin, kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sorumlu tutulmamasını gerektirebileceği gibi Anayasanın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti de gerçek sorumlunun davalı konumuna konulmasını gerektirir. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 13-15. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 43. Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Devletin sorumluluğuna ilişkin tavsiye kararında (Recommendation No (84) 15), devletin sorumluluğu ile ilgili olarak getirilen ilkelerden birisi de “Tazminat davası açılması için öngörülen yollar ve süreler dava hakkının gerçekleştirilmesini engeller nitelikte olmamalıdır” ilkesidir. Bu ilke gereği, devletin sorumluluğunda öngörülen yolların dava hakkının gerçekleştirilmesini engelleyici bir nitelikte olmaması da gerekir. [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/administrative\\_law\\_and\\_justice/Texts\\_&\\_Documents/Conv\\_Rec\\_Res/Recommendation\(84\)15.asp](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Recommendation(84)15.asp), (27.03.2010)

657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu, kamu görevlilerinin sorumluluğu açısından *yasal güvence sistemini* esas almıştır<sup>46</sup>. Buradaki güvence iki yönden ele alınmalıdır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanması açısından ödeme gücü her zaman var olan idareyi sorumlu tutulabilmeleri, zarar gören kişilere bir güvence sağladığı gibi ortaya çıkan zarardan doğrudan kamu görevlisinin sorumlu tutulmaması, kamu görevlisi açısından da bir güvence sağlamaktadır.

Söz konusu düzenlemeler, Türk idare hukukunda idari faaliyetlerin yürütülmesinden dolayı kişiler üzerinde ortaya çıkan zararların karşılanmasına ilişkin temel Anayasal ve yasal düzenlemeler olmakla birlikte anlam ve kapsamı açısından doktrinde ve mahkeme kararlarında oldukça tartışmalıdır. Tartışmanın temelinde ise idari faaliyetlerin yürütülmesinden dolayı kişiler üzerinde ortaya çıkan zarardan dolayı kimin, nasıl, hangi ölçüde ve hangi gerekçeyle sorumlu tutulacağına ilişkin sorunlar yatmaktadır.

Duran, Anayasanın 40/3 ve 129/5 hükmünü, kanunsuz emre ilişkin 137 ve idarenin sorumluluğuna ilişkin 125/son maddesiyle birlikte ele almakta ve bu hükümlerin birbiri ile bağdaştırılamaz hükümler olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, bu hükümlerin birbiri ile bağdaştırılabilmesi için ise Anayasanın 40/3 ve 129/5 hükümlerinin, kamu görevlisinin görevi içerisinde ve görevinden ayrılamayan eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları kapsadığı, görevinden ayrılabilen işlem ve eylemlerinden doğan zararları ise kapsamadığı şeklinde yorumlanması gerekir. Aksi takdirde, Anayasanın 137. maddesi gereği *kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimselerin* (bu derece geniş bir kapsamda) üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı kendilerine karşı değil, ancak ve sadece ilgili kurum aleyhine dava açılabilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durum ise idareye gereğinden fazla bir mali yük yüklemek sonucunu doğurur. Diğer taraftan yazara göre bu durum, Anayasanın 125/son maddesinde yer alan idarenin *kendi* eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükmü ile de çelişir<sup>47</sup>. Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir. Yargıtay, kamu görevlisinin kişisel kusur

<sup>46</sup> Yasal güvence sisteminin karşısında *birlikte sorumluluk sistemi* bulunmaktadır. Birlikte sorumluluk sisteminde, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kişilere verilen zararlardan dolayı idare yanında kusurlu davranışı ile zarara neden olan kamu görevlisi de doğrudan ve şahsen sorumlu tutulmaktadır. Bahtiyar Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 456.

<sup>47</sup> Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 13-15.

## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

teşkil eden eylemini Anayasanın 129/5 maddesi kapsamında değerlendirmemektedir<sup>48</sup>. Bu çerçevede Yargıtay kimi kararlarında Anayasanın 125/son ve 137. maddesini, kamu görevlisinin kanuna aykırı eylem ve işlemlerinden şahsen sorumlu tutulacağına Anayasal dayanağı olarak görmektedir<sup>49</sup>.

Gözler, Anayasanın gerek 129/5 hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken* ibaresini ve gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevler* ibaresini esas almakta ve kamu görevlisinin yetki kullanımı dışında veya kamu hukukuna tabi görevlerle ilgisiz eylem ve işlemleri olabileceğini kabul etmektedir. Yazar, bu tür eylem ve işlemleri de kişisel kusurlu eylem ve işlemler olarak değerlendirmektedir<sup>50</sup>.

Akıllmaz ise farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Akıllmaz'a göre, gerek Anayasa hükümleri ve gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, açık bir şekilde, kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken işlediği kusurdan dolayı ancak idareye karşı dava açılabileceği düzenlenmiştir. Bunun dışında anılan düzenlemeler çerçevesinde, doğrudan kamu görevlisine karşı dava açılmaması gerekir<sup>51</sup>.

Aslında, söz konusu düzenlemeler esas alındığında Türk hukuk sisteminde kişisel kusur kavramının anlamını yitirdiğini söyleyebiliriz. Çünkü, her ne kadar kamu görevlisinin yetkisini kullanırken kişisel kusuru söz konusu olabilsede nihayetinde ancak idare aleyhine dava açılacaktır. Bu nedenle kamu görevlisinin kişisel kusurundan bahsedilmesi bizce anlamsızdır<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Y4HD, 28.3.2006, E: 2005/1946, K: 2006/3385. Y4HD, 1.3.2007, E: 2007/1483, K: 2007/2354. Kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (21.7.2010).

<sup>49</sup> YHGK, 26.9.2001, E: 2001/4-595, K: 2001/643, <http://www.turkhukuksitesi.com>, (31.5.2010).

<sup>50</sup> Gözler, s. 1139-1141. Aynı görüşte, S. S. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, İstanbul, Cilt II, 1966, s. 1208 vd. Recep Başpınar, **Tam Yargı Davaları**, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 489. Y. Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, II. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973, s. 164. Bu görüşler için (ve aynı görüşte) bkz. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 34-41. Burada yer alan görüşlerin, Gözler dışında, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce ileri sürüldüğü gözden kaçırılmamalıdır. Böyle olmakla birlikte, 1982 Anayasasını yürürlüğe girmesinden sonra da doktrindeki baskın görüş bu yönde olmuştur.

<sup>51</sup> Akıllmaz, Yargı, s. 468.

<sup>52</sup> Bununla birlikte, rücu müessesesinin uygulanması açısından kişisel kusur önemini korumaktadır. Çünkü, kamu görevlisinin ikinci derecede de olsa, üçüncü şahsa verdiği zarar sebebiyle zararı tazmin eden idareye karşı sorumluluğu kişisel kusuru oranında söz konusu olabilecektir. Akıllmaz/Sezginer/Kaya, s. 613-618.



Anayasanın 129/5 hükmünü kamu görevlisinin yetki kullanımı dışındaki eylem ve işlemlerini kapsamayacak şekilde yorumlamak veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesini kamu görevlisinin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgisiz eylem ve işlemlerini kapsamayacak şekilde yorumlamak yasa koyucunun amacına aykırı düştüğü gibi aynı zamanda oldukça zorlama bir yorum olacaktır. Çünkü, Anayasanın 129/5 hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken* ibaresi memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini hukuka uygun olarak kullanmalarını kapsadığı gibi hukuka aykırı olarak kullanmaları durumunu da kapsar<sup>53</sup>. Aynı durum 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu açısından da geçerlidir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğranılan zararlar* ibaresi kamu görevlisinin kamu hukukuna tabi görevleri hukuka uygun olarak yerine getirmesi halini kapsayacağı gibi hukuka aykırı olarak yerine getirmesi halini de kapsar.

Burada ölçüt bizce şu şekilde olmalıdır: Kamu görevlisine yürüttüğü görev verilme idi yine de kişilere zarar verici kusurlu bir davranış içerisine girebilecek miydi? Eğer giremeyecek idiyse artık bunun hizmetten ayrılır bir yönü bulunmamaktadır ve bu durumda kişisel kusurdan dolayı kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğundan da söz edilemez<sup>54</sup>. Eğer girebilecek idiyse bu durum kamu görevlisinin sıradan bir kişi gibi sorumluluğunu gerektirir. Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları kanununun 13. maddesini de bu çerçevede değerlendirmek gerekir<sup>55</sup>. Bu çerçevede örneğin, polisin

<sup>53</sup> Ozansoy da bir örnekle aynı görüşü bizimle paylaşmaktadır. Yazar, Yargıtay'ın "kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmeme konusunda kendisinin kullanabileceği bir yetkisi yoktur" ve "kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmemesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gereken bir Anayasa emridir" şeklindeki kararlarını eleştirmekte ve Yargıtay'ın, söz konusu kararları ile idarenin "bağlı yetkiye" aykırı bir davranışını bir yetki ve görev kullanımı olarak görmemiş olmasını hiçbir açıdan savunulamayacak bir yaklaşım olarak değerlendirmektedir. Ozansoy, s. 86.

<sup>54</sup> Fransız hukukunda görev dışındaki bazı kusurlu eylemler, görevin dışında ama görev dolayısıyla işlenen kusurlu eylemler olarak kabul edilmekte ve bu tür eylemler kişisel kusur kapsamında değerlendirilmektedir. Görev dışında ama görev dolayısıyla işlenen kusurlu eylemler hizmetin ifası veya idarenin kamu görevlisine verdiği araçlar vesilesiyle ortaya çıkabilmektedir. Bu tür kusurlu eylemler kişisel kusur kapsamında ele alınmakla birlikte bu eylemlerden doğan zararlardan, kamu görevlisinin ödeme gücünün yetersizliği ve bu eylemlerin hizmetten tamamıyla kopuk olmaması nedeniyle idare de sorumlu tutulabilmektedir. Gözler, s. 1117-1119.

<sup>55</sup> Bu değerlendirmeyi Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi çerçevesinde yaptığımızı özellikle vurgulamak isteriz. Yoksa, olması gereken hukuk açısından bir değerlendirme yapmamaktayız.



## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

gözüne alınan kişiye işkence etmesi Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi kapsamında kamu görevlisi olan polis kişisel kusurundan dolayı doğrudan sorumluluğunu gerektirmez<sup>56</sup>. Çünkü, polis olan A şahsına kolluk görevi verilmesi idi A'nın işkence yapabilecek bir pozisyonu olamayacaktı. İşkence yaptıysa, bunu A şahsı, polis olmanın verdiği hukuka aykırı bir yetkinin kullanımı ile yapmıştır.

Diğer taraftan, kişisel kusurun kamu görevlisinin yürüttüğü hizmetten ayrılabilir bir kusur olarak tanımlanması, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilirliği kabul edilen bir fiiliyle kişilere zarar vermesi durumunda sadece kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sorumlu tutulmasını gerektirir. Bu durumda idareyi sorumlu tutmaya imkan yoktur. Çünkü, madem kamu görevlisinin kişisel kusurlu eylemi, yürütülen kamu hizmetinden ayrılabilir kusurlu bir eylemdir, bu durumda yürütülen kamu hizmeti ile ilgili olmayan kusurlu bir davranıştan dolayı idareyi sorumlu tutmak nasıl haklı gösterilebilir? Anayasanın 125/son hükmünde idarenin *kendi* eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kusurundan dolayı idareyi sorumlu tutmak Anayasanın 125/son hükmüne aykırı olarak idarenin mesul olmadığı bir eylem veya işlemde dolayı sorumlu tutulması anlamına gelir. Bu çerçevede, kamu görevlisinin kişisel kusurlu kabul edildiği hallerde, hizmet kusurundan dolayı ayrıca idarenin de sorumlu tutulduğu mahkeme kararları kendi içerisinde bir çelişkiyi de bünyesinde barındırmaktadır.

Nihayet, Anayasanın 129/5 hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar* ibaresi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevler* ibaresi bizce amacına uygun olarak geniş yorumlanmalıdır. Örneğin, bir polis memuru hafta sonu bile olsa göreviyle tamamen ilgisiz olarak resmi elbisesiyle bir kişiye müdahalede bulursa ve bu müdahaleden bir zarar doğsa bu durum dahi Anayasanın 129/5 maddesi kapsamında yetki kullanırken işlenen bir kusur olarak değerlendirilmelidir. Bu örneği, polis memurunun bir hafta sonu görevi dışında resmi elbisesiyle bir kişiye zarar vermesi eyleminin kişilerin nazarında ortaya çıkardığı etkiye bakarak değerlendirmek gerekir. Bir vatandaş, hafta sonu resmi kıyafetiyle bir kişiye veya olaya müdahalede bulunan bir polisin yetkisiz olarak müdahalede bulunduğunu bilemez. Tam

<sup>56</sup> Aksi görüş için bkz. Gözler, s. 1140.

aksine, vatandaş nezdinde bir polis memuru hafta sonu bile olsa bir kişiye veya olaya müdahalede bulunuyorsa bu, polis memurunun yetkisi çerçevesinde gerçekleşen bir olay olarak değerlendirilir. Benzer şekilde örneğin, kamu görevlisi olan bir hemşire hafta sonu tamamen görevinin dışında bir kişiye iğne yapmış olsa, kişiler nazarında kamu görevlisi olan hemşirenin iğne yapmasına olan güven, hemşirenin kamu görevlisi olması ve bu nedenle bu işin ehli olduğunun, eğitimini aldığı bilmesinin verdiği rahatlıktan kaynaklanır<sup>57</sup>. Bu nedenle bu tür eylemlerin de Anayasanın 129/5 hükmü çerçevesinde yetki kullanırken işlenen kusurlu eylemler olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>58</sup>.

#### **IV. KİŞİSEL KUSUR – HİZMET KUSURU AYRIMININ ÖLÇÜTÜ VE KİŞİSEL KUSUR SAYILAN HALLER**

Doktrinde ve yargı kararlarında hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımının açıklanmasına ilişkin bazı ölçütler ileri sürülmüştür. Kamu görevlisinin görevini yerine getirirken zarar verme kastıyla hareket etmesi, fiilin suç teşkil etmesi, kamu görevlisinin ağır kusuru ve hizmetten ayılabılır kişisel kusur kriterleri hizmet kusuru ile kişisel kusurun açıklanmasında esas alınan başlıca ölçütlerdir<sup>59</sup>.

Yargıtay, kişisel kusurun ölçütü olarak sadece kin, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, *görevin gerekli kaldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmamasını* da ele almaktadır<sup>60</sup>. Yargıtay bazı kararlarında kişisel kusuru, *görev ve yetki ile bağdaşmayan durumlar, idari işleme yabancı olan eylem ve işlemler, suç oluşturan fiiller, idari yetkilerin kullanım alanı dışına taşan eylem ve işlemler* ibareleri ile ifade etmektedir<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Kamu görevlisi olmayan, serbest çalışan bir hemşire veya hekimin tazminat sorumluluğu idari sorumluluk kapsamı dışındadır. Bu durumda hekimin sorumluluğu, sözleşme öncesi görüşme, vekaletsiz iş görme, haksız fiil veya hekimlik sözleşmesinden kaynaklanabilir. Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *AÜHF Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 228.

<sup>58</sup> Aksi görüş için bkz. Demir, s. 230. Yazar, nöbetçi doktorun serviste yatan hastasına tecavüz etmesini veya bir psikiyatrin, psikolojik olarak rahatsız olan bayan bir hastasının zafiyetinden yararlanarak duygusal sömürü yapmasını hekimin kişisel kusuru olarak değerlendirmektedir. Aynı doğrultuda, M. Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 580.

<sup>59</sup> Yunus Aykın, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayrımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Ankara, 2009, s.529-536. Tandoğan, s. 141-142.

<sup>60</sup> Y4HD, 30.11.1998, E: 1998/6342, K: 1998/9531, <http://www.hukuki.net>, (31.5.2010)

<sup>61</sup> Y4HD, 17.11.1986, E: 1986/4898, K: 1986/7786, YKD, Cilt 13, Sayı 2, s. 200.

## **Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur**

Yargıtay'ın, kişisel kusur oluşturmadığı kabul edilen bazı kararlarını ele alarak kişisel kusur ölçütünü aksi yönde bir bakış açısıyla ele alabiliriz. Yargıtay'a göre,

*Somut olayda, davacı davalının sorumluluğundaki çöplüğün gerekli bakım ve güvenliğini sağlamadığını, çöplükte çıkan yangının bu sebeple kendi mahsulüne zarar verdiğini iddia ederek tazminat istemektedir. Davacının bu isteği idari karar ve eylemlerden doğan zarar niteliğinde bulunduğundan, ödetilmesi istekleri 11.02.1959 gün ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın II. bendi hükmünce tam yargı davasının konusunu oluşturur. İdarenin hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince İdare'ye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir. Mahkemece, yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasının çözülmesi usul ve yasaya aykırılık oluşturur.<sup>62</sup>*

Benzer bir karar:

*Bir kamu kurumunun yasalar uyarınca yapılmış olan tesislere bakım ve o tesisleri kullanım yükümlülüğü yasalardan doğan kamusal bir görevdir. O halde anılan nitelikteki bir kamu tesisinin gerek yapılmasındaki, gerekse kullanılması veya muhafazasındaki kusurdan doğan zararlar, idari karar ve eylemlerden doğan zararlar niteliğinde bulunduğundan onların ödetilmesi istekleri 11.2.1959 günlü ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının II. bendi hükmünce tam yargı davasının konusunu oluştururlar. Bu davaların ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi hükmünce idari yargı yerinde görülmesi gerekir.<sup>63</sup>*

Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında kişisel kusurun net bir ölçütünü bulmak mümkün değildir. Bununla birlikte, doktrinde aşağıdaki 4 hususta kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu kabul edilmektedir.

### **A. Yargı Kararlarının Uygulanmaması**

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında, *Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez* düzenlemesine yer verilerek, mahkeme kararlarının idare

<sup>62</sup> Y4HD, 30.11.2006, E: 2005/12996, K: 2006/13238, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

<sup>63</sup> Y4HD, 23.10.2008, E: 2008/1968 K: 2008/12484, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

tarafından uygulanması zorunluluğu Anayasal düzeyde garanti altına alınmıştır. Bu zorunluluğa uyulmamasının ortaya çıkaracağı mali sorumluluk ise yukarıda ifade ettiğimiz gibi yine Anayasanın 40/3 ve 129/5 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde yer alan hüküm, mahkeme kararlarının kamu görevlisince uygulanmaması durumunda kararı uygulamayan kamu görevlisine karşı doğrudan dava açılabilmesi hususunda Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasından farklı bir düzenleme içermektedir. Şöyle ki, 28. maddenin 1. fıkrasında, *Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez* hükmü yer almış ve dördüncü fıkrasında ise *Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir* düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile mahkeme kararlarını 30 gün içerisinde kasten yerine getirmeyen kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu ve bu kişisel kusurundan dolayı doğrudan sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir. İYUK’ da yer alan bu düzenleme, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında yer alan düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir<sup>64</sup>. İYUK’ un 12 Eylül 1980 döneminde hazırlanmış olması ve 2001 yılına kadar<sup>65</sup> Anayasanın geçici 15. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bulunması, Anayasaya aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesine taşınmasını engellemiştir. Bugün artık böyle bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olan söz konusu İYUK hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi mümkündür.

İYUK’un 28. maddesinin 5. fıkrasının Anayasanın 129. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmesine rağmen bugüne kadar bu hüküm itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmamıştır. Bunun tam aksine, Yargıtay kararlarında, mahkeme kararlarını uygulamayan kamu görevlisi İYUK’un 28. maddesine göre kişisel olarak kusurlu bulunmakta ve doğrudan kamu görevlisinin so-

<sup>64</sup> Aynı görüşte bkz. Akyılmaz, Yargı, s. 468. Gözler, s. 1143-1144. Günday, s. 329.

<sup>65</sup> Anayasanın geçici 15. maddesinin 3. fıkrası, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

## ***Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur***

rumluluğuna gidilmektedir<sup>66</sup>. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1979 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile Danıştay tarafından verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlisinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu kararlaştırılmıştır<sup>67</sup>. Hatta Yargıtay'ın, kamu görevlisinin mahkeme kararını uygulamaması durumunda salt kişisel kusurunun bulunacağı ve bu nedenle mahkeme kararının uygulanmamasından dolayı adli yargı mercilerinde sadece kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilebileceği yönünde kararlarına da rastlanmaktadır<sup>68</sup>.

Yargıtay'ın bu tutumu, mahkeme kararlarının uygulanmasında gerekli özen ve dikkati göstermeyen ve hatta kişisel ya da siyasi saiklerle mahkeme kararlarının uygulanmasını engelleyen ya da geciktiren kamu görevlilerini bu tür davranışlardan caydırmak amacını taşımaktadır. Kamu görevlisinin mahkeme kararlarının uygulanmamasından kişisel olarak sorumlu tutulması,

<sup>66</sup> Y4HD, 12.3.1979, E: 78/6787, K: 79/3249, YKD, c. 5, sy. 8, 1979, s. 1136-1139. (Naklen: Akyılmaz, Yargı, s. 454)

<sup>67</sup> YİBBGK, 22.10.1979, E: 1978/7, K: 1979/2, RG: 29.11.1979-16824. Aynı yönde, YHGK, 2.7.2008, E: 2008/4-464, K: 2008/465, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (21.7.2010). Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay ayrıca, mahkeme kararının uygulanmamasında kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğu için kin, garaz, husumet ve benzeri duygular altında hareket edilmiş olmasını gerekli görmemektedir. Kamu görevlisinin doğrudan sorumlu tutulabilmesi için mahkeme kararının uygulanmamış olması yeterlidir. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Mahkeme kararlarının uygulanmamasından bir kamu görevlisini sorumlu tutabilmek için kusurunun bulunup bulunmadığı mutlaka araştırılmalıdır. Bu yönde, Y4HD, 21.3.1995, E: 1995/1600, K: 1995/2397, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (21.7.2010). Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte kamu görevlilerinin mahkeme kararlarının uygulanmamasından dolayı sorumlu tutulabilmeleri için kasıtlı davranmaları koşulu getirilmiştir. 1979 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından sonra 1982 Anayasasının yürürlüğe konulmasının hemen ertesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu mahkeme kararlarının uygulanmamasından doğan zararların tazmini için kamu görevlisine karşı değil, doğrudan idareye karşı dava açılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. YHGK, 14.9.1983, E: 1980/4-1714, K: 1983/803, YKD, Cilt: 9, Sayı: 11, 1983, s. 1587. (Naklen: Gözler, s. 1142. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 16. Akyılmaz, Yargı, s. 462, Ozansoy, s. 75.) Yargıtay yakın tarihli kararlarında ise eski içtihadına dönüş yapmıştır. YHGK, 7.6.2006, E: 2006/309, K: 2006/359, <http://www.haberturk.com> (Naklen: Akyılmaz, Yargı, s. 466). Y4HD, 3.10.2006, E: 2006/9336, K: 2006/10206, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

<sup>68</sup> Y4HD, 27.2.1986, E: 86/1268, K: 86/1841, YKD, c. 12, sy. 6, 1986, s. 797. (Naklen: Akyılmaz, Yargı, s.461.) Akyılmaz, bu durumu şu şekilde değerlendirmektedir: "... kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını uygulamamaları sebebiyle, İYUK 28/4 ve Anayasanın söz konusu hükümleri karşısında yargı kararını sadece uygulamamanın, salt kişisel kusur telakki edilerek kamu görevlisinin doğrudan kişisel sorumluluğu cihetine gidilebileceği idarenin sorumluluğunun ise söz konusu olmayacağı iddiası, hukuk kurallarının yanlış yorumlanmasından ötesinde, yok sayılması demektir." Akyılmaz, Yargı, s. 464.

kamu görevlisinin mahkeme kararlarını uygulamak hususunda daha dikkatli ve özenli davranmasını sağlamaktadır. Bunun aksine, mahkeme kararlarının uygulanmaması durumunda doğrudan idarenin sorumlu tutulması ve idareye kusuru bulunan kamu görevlisine rücu etme imkanının tanınması, mahkeme kararlarının uygulanabilmesinde yeterli güvenceyi sağlayamamaktadır<sup>69</sup>. Çünkü, özellikle buldukları kamu kurumunun hiyerarşik olarak en üstünde yer almaları nedeniyle bazı kamu görevlileri açısından rücu müessesesinin işletilmesi imkanı bulunmamaktadır<sup>70</sup>. Böyle olmasa bile, mahkeme kararını uyulamayan kamu görevlisinin bundan dolayı kişisel olarak sorumlu tutulması, rücu yöntemiyle dolaylı olarak sorumlu tutulmasından her zaman daha etkili bir yöntemdir. Yargıtay bu nedenden dolayı, mahkeme kararlarını uygulamayan kamu görevlisini kişisel olarak kusurlu bulmakta ve kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğuna gidilebileceğini öngörmektedir.

Yargıtay'ın bu yaklaşımı, mahkeme kararlarının uygulanmasında daha etkili bir yöntem olmakla birlikte, Anayasanın 129. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin *yok* sayılması anlamına da gelmektedir<sup>71</sup>.

### **B. Kamu Görevlisinin Suç Oluşturan Davranışları**

Doktrinde ve mahkeme kararlarında kamu görevlisinin, görevi ile ilgili olarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerin suç niteliğinde olması durumunda kişisel kusurlu kabul edilmesi ve kişilere verilen zarardan doğrudan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kabulün gerekçesi olarak, kamu görevlisinin suç niteliğindeki davranışlarının yürütülen idari faaliyet ile herhangi bir ilgisinin olmadığı veya olsa bile idari faaliyet ile ilişkiyi kestiği ileri sürülmektedir<sup>72</sup>.

Yargıtay da kararlarında kamu görevlisinin suç oluşturan eylem ve işlemlerini kişisel kusur kapsamında değerlendirmekte ve bu eylem ve işlemlerden dolayı doğrudan kamu görevlisine karşı dava açılabileceği sonucuna varmaktadır. Yargıtay'a göre, *...memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da yasalardaki açık hükümler dışına çıkararak ve bunlara aykırı*

<sup>69</sup> Turan Yıldırım, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", **International Journal of Human Sciences ISSN: 1303-5134**, Vol. 1, No. 1, 2004, www.insanbilimleri.com, (28.5.2010), s. 4.

<sup>70</sup> Akyılmaz, Yargı, s. 458.

<sup>71</sup> Akyılmaz, Yargı, s. 453.

<sup>72</sup> Günday, s. 326. Y4HD, 14.11.1985, E: 1985/7369, K: 1985/9399, YKD, C. 12, Sayı:4, s. 509. (Naklen: Ozansoy, s. 76.)

## **Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur**

*rı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlarda eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemez. Bu gibi hallerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmamalıdır.*<sup>73</sup>

Kamu görevlisinin suç oluşturan her bir eylem ya da işleminde mutlaka kişisel bir kusurunun bulunduğu ileri sürmek bizce isabetli değildir. Suç ile kişisel kusur arasında zorunlu bir bağ yoktur<sup>74</sup>. Bazı durumlarda kamu görevlisinin eylem veya işlemi suç niteliği taşısa da söz konusu eylem veya işlemi yürütülen idari faaliyetten ayırmak ve ondan soyut olarak düşünmek mümkün olamamaktadır.

### **C. Ağır Kusur**

Kamu görevlisinin ağır kusuru da kişisel kusur kabul edilmektedir. Kamu görevlisinin yetkisini kullanırken yaptığı bir hatanın kabulünün mümkün olmadığı durumlarda kamu görevlisinin ağır kusurundan bahsedilmektedir.

### **Ç. Kamu görevlisinin Kötü Niyetli Davranması**

Kişisel kusurun kabul edildiği bir diğer hal, kamu görevlisinin yetkisini kullanırken, kişilere karşı siyasal, kişisel veya başka nedenlerle kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında zarar verici bir şekilde davranmasıdır. Yargıtay'ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay bir kararında,

*Davacının sicil amirleri olan davalıların, nedensiz biçimde ve kişisel duygularla davacı hakkında olumsuz sicil raporu düzenledikleri iddia edilmektedir. Olumsuz sicil raporları açılan davalar sonucu "objektif olarak hazırlamadıkları" gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dava dosyalarında da davacının sicilinin olumsuz olmasını gerektiren herhangi bir soruşturma veya rapor bulunmamaktadır. Bu duruma göre, davalıların sicil konusunda subjektif davrandıkları, diğer bir anlatımla yansız olarak sicil düzenlemedikleri ve böylece kişisel kusurları bulunduğu anlaşıldığından bu somut olgu gözetilerek manevi tazminat takdiri gerekir.*  
sonucuna ulaşmıştır<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> YHGK, 26.9.2001, E: 2001/4-595, K: 2001/643. YHGK, 15.11.2000, E: 2000/4-1650, K: 2000/1690. YHGK, 29.3.2006, E: 2006/4-86, K: 2006/111. YHGK, 20.9.2006, E: 2006/4-526, K: 2006/562. YHGK, 17.10.2007, E: 2007/4-640, K: 2007/725. Kararlar için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com>, (31.5.2010).

<sup>74</sup> Gözler, s. 1135.

<sup>75</sup> Y4HD, 30.9.2003, E: 2003/1367, K: 2003/10869, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).



## V. FİİLİ YOL - KİŞİSEL KUSUR AÇMAZI

Fransız idare hukukundan Türk idare hukukuna taşınan müesseselerden birisi de *fiili yol* dur. Fiili yol ile kişisel kusur açmazını incelerken öncelikle fiili yol kavramına doktrinde verilen anlamı ele alacağız. Daha sonra ise fiili yol ile kişisel kusur anlayışının ortaya çıkardığı çelişkileri bazı sorular sorarak ortaya koymaya çalışacağız. Böylece, idare hukukunun iki farklı, fakat birbirine benzer müessesesini bütüncül bir yaklaşımla ele alıp, bu iki müessesenin doktrinde birbirinden farklı olarak ele alınmasının ortaya çıkardığı çelişkileri tespit etmeye çalışarak, ilkesel ve içerisinde bir bütünlük ve tutarlılık barındıran bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

Doktrinde fiili yol genel olarak, idarenin hukuka açıkça aykırı olarak icrai bir eylemi ile mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>76</sup>. Bu tanımlamaya etkin özelliğini veren hususlardan birisi, idarenin icrai bir eyleminin bulunmasıdır<sup>77</sup>. İdarenin bir eylemi olmadan idari işlemin tek başına fiil yol oluşturması kabul edilmemektedir. İdari eylem, bir idari işleme dayanmadan doğrudan ortaya çıkabileceği gibi bir idari işlemin uygulanmasının sonucu olarak da ortaya çıkabilir. Diğer bir husus, idarenin icrai eyleminin açıkça hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık esasa ilişkin olabileceği gibi usule ilişkin de olabilir. Önemli olan hukuka aykırılığın açık, hemen anlaşılır ve ağır bir hukuka aykırılık olmasıdır<sup>78</sup>. Nihayet, idarenin açıkça hukuka aykırı olan icrai eylemi, mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak veya özgürlüğe ilişkin olmalıdır<sup>79</sup>. Şu halde, idarenin açıkça hukuka aykırı olan her türlü icrai eylemi değil, mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin olan icrai eylemi fiili yol oluşturabilir<sup>80</sup>.

Kişisel kusur ise yukarıda ifade ettiğimiz gibi gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay kararlarında genel olarak; kamu görevlilerinin, görevleri içerisinde ve fakat yaptıkları görevden ayrılabilen kimi kusurlu davranışları olarak tanımlanmaktadır.

<sup>76</sup> Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Ankara, 2002, s. 93. Gürsel Kaplan, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 892. Yücel Oğurlu, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, [http://www.akader.info/KHUKA/2003\\_mart/idari\\_hukukunda.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/idari_hukukunda.htm), (31.5.2010), s. 1-2. İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Alfa, İstanbul, 1996, s. 498.

<sup>77</sup> Kaplan, s. 893 ve 898. Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, s. 93-94.

<sup>78</sup> Oğurlu, s. 3.

<sup>79</sup> Kaplan, s. 894-897.

<sup>80</sup> Oğurlu, s. 2-5.



## ***Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur***

Fiili yolu, kişisel kusurdan ayıran temel unsurun *icrai eylem* olduğu söylenebilir<sup>81</sup>. Aslında bu unsur dışında gerek fiili yol ve gerekse kişisel kusur tanımında yer alan diğer unsurlar fiili yol ile kişisel kusuru birbirinden ayırt edici unsurlar değildir<sup>82</sup>. Bir kere, doktrinde ve Yargıtay kararlarında kişisel kusurlu eylemler olarak kabul edilen kamu görevlisinin kötü niyetli, ağır kusurlu, suç oluşturan davranışı ve yargı kararlarının uygulanmaması eylemleri aslında belli bir oranda *icrai eylem* kıstası dışında<sup>83</sup> fiili yol tanımında yer alan *hukuka açıkça aykırılık ve mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak ve özgürlüğü ihlal* unsurlarını bünyesinde taşımaktadır. Yani, kişisel kusurlu kabul edilen eylemler de hukuka açıkça aykırıdır ve mülkiyet hakkına veya diğer bir temel hak ve özgürlüğe tecavüz niteliğindedir. Bu durumda, büyük oranda keşişen fiili yol veya kişisel kusur oluşturan eylemlerin sonuçlarının da aynı olması gerekmez mi?

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında fiili yol ile kişisel kusur oluşturduğu kabul edilen eylemler arasında farklı sonuçlar ortaya konulmaktadır. Şöyle ki, idarenin icrai bir eyleminin fiili yol oluşturması durumunda, idarenin icrai eyleminin idarilik niteliğini yitirdiği ve eylemin *haksız bir fiile* dönüştüğü kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Bu durumda idarenin ve eylemin sahibi kamu görevlisinin haksız fiil sorumluluğu Borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>85</sup>. Bir diğer deyişle idarenin hizmet kusuru, fiili yol hallerinde kabul edilmemektedir<sup>86</sup>. Kamu görevlisinin kişisel kusurlu kabul edildiği durumlarda ise kişisel kusur ile hizmet kusurunun iç içe geçmesinden bahisle ayrıca idarenin hizmet kusurundan da söz edilmesi, fiili yol hallerinde idarenin hizmet kusurun-

<sup>81</sup> Fiili yol belki bir de mülkiyet hakkının korunmasına özel bir vurgu yapması yönüyle kişisel kusurdan ayrılabilir.

<sup>82</sup> Oğurlu'ya göre, kişisel kusur durumunda kişisel kusurlu eylemin kamu hizmeti ile olan ilişkisi tamamen ortadan kalkmazken, fiili yol durumunda fiili yol oluşturan eylemin idarilik özelliği tamamen ortadan kalkmaktadır. Fiili yol, sadece mülkiyet hakkı ve diğer temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlarken, kişisel kusur daha genel ve geniş bir içeriğe sahiptir. Ayrıca, fiili yolda hukuka aykırılık daha baskındır. Oğurlu, s. 9.

<sup>83</sup> Kişisel kusurlu eylemler icrai eylem niteliğinde de olabilir. Fakat olmadığı durumlar da söz konusu olabilir.

<sup>84</sup> Kaplan, s. 908-909. Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 94-96.

<sup>85</sup> Bu değerlendirmenin aksine görüş ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Duran, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi karşısında, fiili yol veya taşınmaza el atma niteliğindeki davranışlar söz konusu olsa bile yalnızca idareye karşı idari yargıda dava açılacağı tespitinde bulunmaktadır. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 14.

<sup>86</sup> Oğurlu, s. 9. YHGK, 9.4.2003, E: 2003/5-252, K: 2003/288, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

dan söz edilemeyeceği düşüncesiyle çelişmektedir. Madem hem fiili yol hem de kişisel kusur durumlarında, kişi hak ve özgürlüklerine zarar veren eylemlerin idarilik özelliği ortadan kalkmakta ve yukarıda yaptığımız değerlendirme çerçevesinde fiili yol ile kişisel kusur hallerinin çoğu zaman birbiri ile kesiştiği gerçeği bulunmakta; o halde neden fiili yol durumlarında hizmet kusurundan bahsedilmezken, kişisel kusur durumlarında hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçmesinden bahisle hizmet kusurunun da bulunabileceği ve idareye karşı da ayrıca hizmet kusurundan dolayı idari yargıda dava açılacağından söz edilmektedir?

Örneğin, mahkeme kararlarının uygulanmaması eylemi kişisel kusurlu bir eylem kabul edilmektedir. Diğer taraftan bu eylem aynı zamanda hizmet kusuru kapsamında da ele alınmaktadır<sup>87</sup>. Aslında, mahkeme kararlarının uygulanmaması eylemi, fiili yol tanımına da girmektedir<sup>88</sup>. Fiili yol durumunda ise hizmet kusurundan söz edilmemektedir. Bu durumda aynı eylem, kişisel kusur kabul edildiğinde idarenin hizmet kusuru da söz konusu olabilirken, fiili yol kabul edildiğinde idarenin hizmet kusurundan bahsedilemeyecektir.

Yine, kişisel kusur hallerinde idarenin de hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilmesi, idareye karşı ancak idari yargıda hizmet kusurundan dolayı dava açılacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Fiili yol hallerinde ise idarenin hizmet kusuru kabul edilmediği için, idarenin kamu görevlisi yanında sorumluluğu ancak adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre gerçekleştirilebilecektir. Bir diğer deyişle, fiili yol halinde Devletin (idarenin) sorumluluğuna adli yargıda Borçlar Kanununun 55. maddesi çerçevesinde gidilecekken, kişisel kusur hallerinde devletin (idarenin) sorumluluğuna adli yargıda Borçlar Kanununun 55. maddesi çerçevesinde gidilemeyecektir<sup>89</sup>. Tam aksine idarenin sorumluluğu hizmet kusuru gerekçe gösterilerek idari yargıda idare hukuku kurallarına göre gerçekleştirilecektir. Böyle bir farkın ortaya çıkmasının bizce herhangi bir mantığı bulunmamaktadır<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Akyılmaz, Yargı, s. 456. Gözler, s. 1143.

<sup>88</sup> Mahkeme kararlarının uygulanmaması eyleminin fiili yol oluşturmadığı düşüncesi için bkz. Akyılmaz, Yargı, s. 456.

<sup>89</sup> Tandoğan, s. 144-145.

<sup>90</sup> Bu tür farklılıklar bizzat yasa koyucu tarafından da yaratılabilmektedir. Örneğin, Medeni Kanun ve İcra İflas Kanunu gibi kimi kanunlarda kamu görevlisinin kusurundan doğan zararlardan idare ile birlikte (rücuen) kamu görevlisi de sorumlu tutulmakta ve bu tür davaların adli yargı mercilerinde görüleceği düzenlenmektedir. (MK md. 1007, İİK md. 5.) Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 7.

## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

Bir diğer husus, fiili yol kabul edilen eylemlerinin yokluk yaptırımına tabi olduğu kabul edilmesine rağmen, kişisel kusur hallerinde böyle bir husus söz konusu olmamaktadır. Yokluk yaptırımının fiili yolda kabul edilmesi, kişisel kusur halinde ise kabul edilmemesi fiili yol ile kişisel kusurlu kabul edilen eylemler arasında farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, fiili yol halinde yokluk yaptırımı söz konusu olacağı için dava açma süresi herhangi bir süreye tabi değilken, kişisel kusur hallerinde yokluk yaptırımı her zaman söz konusu olmayacağı için özel hukuktaki zamanaşımı süreleri işleyecektir. Böyle farklı bir sonucun ortaya çıkmasını haklı gösterebilecek bir sebep de bulunmamaktadır.

Gerek fiili yol ve gerekse kişisel kusurun, aslında mevcut düzenlemelerin kişi hak ve özgürlüklerini tam olarak güvence altına alamamış olmasının verdiği pratik gereksinimlerden kaynakladığı söylenebilir. Şöyle ki idare hukukunda fiili yolun kabulü ile mülkiyet hakkı ve diğer temek hak ve özgürlüklerin, idari yargılama usul kurallarının yetersizliğinin bir sonucu olarak adli yargı mahkemelerince daha iyi korunabileceğine<sup>91</sup>; kişisel kusurun kabulü ile ise yine aynı gerekçeler yanında, idare hukukunun kamu görevlilerinin kusurlu eylemlerinden dolayı doğrudan idareyi sorumlu tutması ve kamu görevlilerinin sorumluluğunu ikinci dereceye indirgemesinin kişi hak ve özgürlükleri açısından ortaya çıkarmış olduğu sakınca ve yetersizliklerin ortadan kaldırılabilmesine inanılmaktadır<sup>92</sup>. Dikkat edilirse her iki müessese de içtihat kaynaklıdır. Halbuki, kişi hak ve özgürlükleri açısından söz konusu sakınca ve yetersizliklerinin hukuksal düzenleme ile ortadan kaldırılması, içtihat hukuku ile zorlama çözümlere gidilmesini ortadan kaldırabilir.

Özetle, fiili yol kabul edilen eylemler ile kişisel kusurlu kabul edilen eylemlerin esasında birbiri ile örtüşmesi, fiili yol ya da kişisel kusur üzerine yapılacak değerlendirmelerde bu iki müessesenin aynı hukuksal yaklaşım çerçevesinde ele alınması ve bütüncül hukuksal sonuçlara ulaşılmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde, benzer hukuksal sorunlarda ilkesel bütünlükten uzak, birbiri ile çelişen ve bu nedenle kişi hak ve özgürlüklerini zedeleyen bir sonuç ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle biz bu çalışmada kişisel kusura ilişkin yaptığımız değerlendirmelerin fiili yolu da kapsayacağı kanaatindeyiz.

<sup>91</sup> Kaplan, s. 909-910. Oğurlu, s. 11. Örneğin, idari yargılama usul hukukunda fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak tam yargı davasının açılması kabul edilmemiştir. Bu durum tam yargı davalarında, idari işlem veya eylemlerden dolayı zarar gören kişilerin zararlarını tam olarak karşılamalarını engelleyebilmektedir.

<sup>92</sup> Yıldırım, s. 8.

Bunun tam tersi de geçerli olacaktır. Fiili yola ilişkin değerlendirmeler, kişisel kusur açısından da geçerli olacaktır.

Bu noktada Kaplan'ın fiili yol ile ilgili bir değerlendirmesine katılmamak mümkün değildir. Kaplan'a göre,

... Dava açma süresi yönünden ilgililer lehine doğurduğu olumlu sonuç bir yana bırakılırsa, başka açılardan sağladığı bir fayda ve katkı yoktur. Fayda ve katkı şöyle dursun, görev (yargı yolu) uyuşmazlığının yol açabileceği sorunlar nedeniyle, dava açabilme hakkının kaybı da dahil olmak üzere, çeşitli olumsuz sonuçları beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, kamımızca yapılması gereken, İdare Hukukunun yapısı ve prensipleriyle bağdaşmayan bu arkaik ve anakronik kurumun varlığını benimseyip koruyarak idareyi kendisine yabancı bir yargıç ve hukukla baş başa bırakmak değil, idari yargıcın yargılama sürecinde başvurabileceği hukuksal olanaklar ile hükmedebileceği yaptırımları artırmak ve çeşitlendirmektir. Bunlar gerçekleşebildiği ölçüde, İdareyi adli yargı hakimî ve özel hukuk kuralları marifetiyle yargılama tehdidiyle 'hizaya getirme' yahut 'terbiye' etme veya fiili yol gibi yapay hukuksal kurumlara başvurma ihtiyacının hukuksal altyapısı da kendiliğinden ortadan kalkacaktır.<sup>93</sup>

### ÖNERİLERİMİZ

İdari işlem veya eylemlerden zarar gören kişilerin, idareye karşı idari yargı mercilerinde açtıkları tam yargı davalarında idare yanında ayrıca zarar doğurucu işlem veya eylemin sahibi olan kamu görevlisine karşı da dava açabilmeleri; idari yargı mercilerinin de açılan davada idarenin ve kamu görevlisinin kusurunu ayrı ayrı tespit etmesi ve kusurları oranında doğrudan idareyi ve kusurlu kamu görevlisini tazminata mahkum etmesi imkanının tanınması kanaatimizce kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu bahsinde ortaya çıkan birçok sorunu ortadan kaldıracaktır.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Kaplan, s. 914-915.

<sup>94</sup> Doktrinde bu yaklaşıma benzer bir öneri, mevcut düzenlemeler esas alınarak kimi yazarlarca ileri sürülmüştür. Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükümleri çerçevesinde, idareye karşı açılan tam yargı davasında, idari yargı mercilerinin idarenin kusurunu ve sorumluluğunu belirlerken kişisel kusuru bulunan kamu görevlisinin kusur oranını ve idarenin kamu görevlisine rücu miktarını da belirleyebileceği ve bu çerçevede idarenin bu hükme dayanarak alacağı icrai bir kararla bu hükmü yerine getirmek zorunda bırakılabileceği ifade edilmiştir. Bahtiyar Akyılmaz, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1057-1060. Fakat haklı olarak bu görüş, mevcut düzenlemeler çerçevesinde böyle bir sonuca ulaşılmasının, idari yargıda kamu görevlisini "davalı" konumuna koyması ve kamu görevlisine savunma hakkı tanımaması nedeniyle hukuken kabul edilemez bir görüş olarak değerlendirilmiştir. Onar, III, s. 1706 vd. (Naklen: Akyılmaz, İdare Hukukunda, s. 1045.)

## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

Kamu görevlisinin bir işlem veya eyleminden dolayı devletin sorumluluğu ile kamu görevlisinin kişisel olarak sorumluluğunun ayrı zeminlerde devam etmesinin ortaya çıkardığı bazı sorunlar bulunmaktadır. Bir taraftan, kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir işlem veya eyleminden dolayı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti ve sorumluluğu, diğer taraftan kamu görevlisinin kusurunun ve sorumluluğunun tespiti gerekmektedir. Ayrıca, kamu görevlisinin kusuru tespit edilse de bu kusurun hizmet kusuru içerisinde değerlendirilmesi ve bundan dolayı kamu görevlisinin sorumsuzluğu ya da kişisel kusurunun ve bundan dolayı da idarenin sorumsuzluğunun tespiti gerekmektedir. Bu tartışmalı konulara, zarar verici bir idari eylem veya işlemden dolayı idarenin ve kamu görevlisinin kusur oranlarının tespiti de eklenebilir.

Bu noktada, bu sorunların tespitini ortaya koyacak yargı mercilerine baktığımız zaman Yargıtay'ın da Danıştay'ın da hem kişisel kusur hem de hizmet kusurunun tespitine ilişkin kararlar verdiği görülmektedir<sup>95</sup>. Bu durumun iki farklı yargı kolu arasında içtihat farklılıklarının ortaya çıkması ve yargılama sürecinin uzamasına<sup>96</sup> sebep olması bir tarafa, bu sistemde kamu görevlisi ile idarenin sorumluluğunu bir elden ve bütünsel olarak çözümlenecek bir yargılama usulü söz konusu olamamaktadır. Halbuki, üçüncü kişiler açısından zarar doğurucu bir idari eylem veya işlemden dolayı kamu görevlisinin veya idarenin ya da her ikisinin sorumluluğunu gerektirebilecek olan sadece bir olay söz konusudur. Bu olayın farklı davalıları söz konusu olsa da olay tektir. Bu nedenle zarar verici bir idari eylem veya işlemden dolayı sorumluluğun tespiti davalıların durumuna göre farklı yargı mercilerinde görülmemelidir. İdarenin sorumluluğu ile kamu görevlisinin kişisel olarak sorumluluğunun birlikte ve bir sistem içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir değerlendirmeyi gerektirecek bir sistem oluşturulmalıdır.

Tabii böyle bir sistemin oluşturulması, idare ve kamu görevlisinin idari yargı mercilerince sorumluluğunun saptanması ve tazminata mahkum edile-

<sup>95</sup> Bkz. Y4HD, 16.9.1993, E: 1992/8696, K: 1993/10619. Y4HD, 17.6.2003, E: 2002/14294, K: 2003/7867. Y4HD, 18.9.2003, E: 2003/9116, K: 2003/10289. Y4HD, 4.11.2003, E: 2003/10925, K: 2003/12735. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010). Yargıtay çoğu zaman, davacının adli yargıda açtığı davada iddiasını hizmet kusuruna dayandırmış olmasını, söz konusu davanın idari yargının görev alanına girdiğinin kabulü için yeterli görmektedir. Y4HD, 25.5.2006, E: 2005/7696, K: 2006/6107, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010). Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Bkz. Y4HD, 26.10.2007, E: 2007/8458, K: 2007/13024, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

<sup>96</sup> Sorumluluk hukukunda gereksiz yere adli-idari yargı arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlıkları yargılama sürecinin uzamasına neden olmaktadır.

bilmeleri açısından ayrı bir hukuksal rejimin düzenlenmesini gerektirecektir. Örneğin, artık böyle bir durumda idari yargı mercilerinde kamu görevlisine karşı da yürütmüş olduğu hizmetle ilgili olarak dava açılabilme imkanının tanınması zorunlu olacaktır<sup>97</sup>. Yine böyle bir durumda, sunulan kamu hizmetiyle en ufak bir şekilde ilişkilendirilebilen her türlü kamu görevlisine ait işlem veya eylemden ortaya çıkan zarara ilişkin sorumluluğun idari yargının görev alanında bulunduğu görüşü kabul edilmiş olacaktır<sup>98</sup>. Yine, böyle bir yaklaşımın benimsenmesi durumunda hizmet kusurunun kapsamının da oldukça geniş bir şekilde ele alınması gerekecektir.

Kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin birçok faydası bulunmaktadır. İlk olarak, kamu görevlisinin yürütmüş olduğu kamu hizmetiyle ilişkilendirilebilen her türlü eylem ve işlemde ortaya çıkan zararların tazmininin hem idare hem de kamu görevlisi açısından tek bir yargı merciine (idari yargı) bırakılması, bu konuya ilişkin adli yargı ve idari yargı arasından ortaya çıkan görev uyuşmazlıklarını ortadan kaldıracaktır. Bu çerçevede, Anayasanın 129/5 ve Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi çerçevesinde yapılan görevden ayrılabilen kusur-görevden ayrılamayan kusur tartışmaları ve bu konudaki belirsizlik son bulacaktır.

Diğer taraftan, hem idare hem de kamu görevlisinin mali sorumluluğunun eş zamanlı olarak ve aynı dava çerçevesinde idari yargı mercilerince tespit edilmesi, idari yargının, idari işlem ve eylemlerin hukuksal denetiminde uzmanlaşmış ve idare-kamu görevlisi-üçüncü kişiler arasındaki kamu hukukuna özgü hukuksal ilişkiyi daha yakinen tanımış olmasının verdiği kolaylıkla, daha hızlı, adil, ekonomik, istikrarlı, kamu yararı ve hizmet gereklerini gözetten bir şekilde karar verilmesini sağlayabilecektir.

Bu yaklaşım, kamu görevlisinin görevini yerine getirirken daha dikkatli davranmasını da sağlayacaktır. Bu yaklaşımın benimsenmesinin kamu görevlisini, görevini yerine getirirken daha çekingen yapabileceği ve bunun da kamu hizmetlerinin sunumunu engelleyebileceği ya da yavaşlatabileceği haklı bir endişe olarak ileri sürülebilir. Hatta, kusurlu kamu görevlisinin çoğu zaman ödeme gücünün yetersizliğinin, zarar gören kişiler açısından sakıncalı bir durum ortaya çıkaracağı da düşünülebilir. Fakat, diğer halde, kamu görevlisi-

<sup>97</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargı mercilerinde kamu görevlilerinin de davalı olarak gösterildiği davalarda kimi zaman davanın reddine kimi zaman ise görevsizlik kararı verilmesine hükmetmiştir. Bayındır, s. 575-576.

<sup>98</sup> Kamu görevlisinin yürüttüğü görevle hiçbir şekilde ilişkilendirilemeyen eylem ve işlemlerinden (haksız fiiller) doğan zararların tazmini bu çerçevede doğal olarak adli yargı mercilerinin görev alanında kalacaktır.

## *Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur*

nin ikincil derecede sorumluluğu ve rücuen sorumluluğunun da çoğu zaman mümkün olmamasının ortaya çıkardığı düzensizlik ve dokunulmazlığın hukuken kamu görevlisinin idare ile birlikte doğrudan ve kişisel olarak kusuru oranında sorumluluğuna göre daha az korunur olması gerekmez mi? Diğer taraftan, kusurlu kamu görevlisinin ödeme gücünün yetersizliği ihtimalinin ortaya çıkarabileceği sakınca, idarenin sırf kamu görevlisini o işle görevlendirmiş olmasının vermiş olduğu kusurluluk nedeniyle, müteselsil sorumluluk benzeri çözümler ile giderilebilir. Ayrıca, mevcut halde kamu görevlisi zarar verici davranışından dolayı doğrudan değil de ikinci derecede ve kusuru oranında zaten rücuen sorumlu tutulabilmektedir. Rücuen sorumluluğun adli yargı mercilerince karara bağlandığını düşündüğümüzde, rücuen tazminat davasının ortaya çıkardığı sorunlar, idare ve kamu görevlisine karşı idari yargıda doğrudan dava açılması durumunda ortaya çıkmayacaktır. Yani, söz konusu düzenlemelerin yapılması durumunda rücu meselesi söz konusu olmayacağı için, adli yargı mercilerinin rücuen tazminat davalarına bakmasının ortaya çıkardığı sorunlar da ortadan kalkmış olacaktır. Adli yargı mercilerinde idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu meselesi ortadan kalkacağı gibi, kamu görevlisinin idareye rücu meselesi de ortadan kalkacaktır.

Nihayet, böyle bir yaklaşımın benimsenmesinde her ne kadar kamu görevlisinin kusuru oranında doğrudan sorumluluğu söz konusu olacaksa da, zarar verici eylem ve işlemten dolayı kamu görevlisi ile idarenin kusurunu tespit edecek yargı mercii idari yargı mercii olacağından, idari yargı mercileri kamu görevlisinin kusurunu tespit ederken, hizmet kusurunu ve hizmet gereklilerini de göz önüne almak zorunda kalacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, kamu görevlisinin kusuru idari bir kusur olarak ele alınacak ve özel hukuktaki kusur anlayışından farklılık gösterebilecektir. Çünkü, özel hukuk kişilerinden farklı olarak kamu görevlilerinin yürütmekle zorunlu oldukları kamu hizmetlerinin çoğunluğu doğal olarak bünyesinde bir risk barındırır. Örneğin, itfaiye, kolluk gibi kimi idari faaliyetlerin özel hukukta bir karşılığı bulunmamaktadır<sup>99</sup>. Ayrıca, kişiler hayatın her anında ve yerinde idari faaliyetler ile karşılaşmakta ve her an bu karşılaşma kişiler zararına sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle idari faaliyetlerin yürütülmesinde kamu görevlileri, her an zarar doğurucu bir işlem veya eylem içerisinde bulunabilmektedirler. Nihayet, kamu görevlileri yine özel hukuk kişilerinden farklı olarak, idari faaliyetin yürütülmesine kendi nam ve hesaplarına değil, idare adına faaliyette bulunmaktadırlar. Bu nedenlerden dolayı, kamu görevlilerini, görevlerini yerine getirirken kişilere ver-

<sup>99</sup> Bermann, p. 1179.



dikleri zarardan dolayı, aynen bir özel hukuk kişisi gibi özel hukuk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bu nedenle örneğin, kamu görevlisi sadece ağır kusuru halinde sorumlu tutulabilecektir. Bu anlayış, içtihat yoluyla gelişebileceği gibi, yukarıda ifade ettiğimiz gibi idare ile kamu görevlisinin idari yargı mercilerince sorumluluğunun hukuksal rejimi çerçevesinde de düzenlenebilir. Nitekim, bu husus Alman Anayasasında açıkça düzenlenmiştir. Yine benzer şekilde, hizmet kusurunun kapsamı oldukça geniş bir şekilde ele alınıp hizmet kusurundan doğan zararlardan kamu görevlilerinin herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağı; bu sorumluluğun tamamen idarenin üzerinde kalacağına dair düzenlemeler öngörülebilir. Kamu görevlisine, idare ile birlikte gereksiz yere her durumda dava açılabilmesinin önlenmesine yönelik tedbirlerin geliştirilmesi de mümkündür.

### SONUÇ

Yargıtay kararları ile şekillenen *kişisel kusur kavramı* bazı çelişkileri bünyesinde barındırmaktadır.

Bir kere, hizmet kusurunun hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi veya hiç işlememesi; kişisel kusurun ise görev içerisinde ve fakat görevden ayrılabilen, yürütülen hizmet ile ilgili olmayan kusurlu davranışlar olarak ifade edilmesi durumunda kişisel kusur ile hizmet kusurunun iç içe geçmesinden bahsedilmesi anlamsız kalmaktadır. Çünkü, hizmet kusuru ile kişisel kusurun bu şekilde açıklanması birbirinden tamamen bağımsız iki farklı ve birbiriyle çakışmayan alan ortaya çıkarmaktadır.

Diğer taraftan, kamu görevlisinin salt kişisel kusurlu eylem ve işlemlerinin olabileceğinin kabul edilmesi, salt kişisel kusurdan kaynaklanan idari eylem ve işlemlerin idari bir özellik göstermesinde yetersiz kalmaktadır. Örneğin, mahkeme kararlarına uyulmaması yönündeki kamu görevlisinin eylem ve işlemi, idari eylem ve işlemdir. Mahkeme kararının uygulanmamasının kamu görevlisinin salt kişisel kusuru olarak kabul edilmesi, mahkeme kararını uygulamama yönündeki eylem ve işlemlerin idari eylem ve işlem olduğunu açıklayamamaktadır.

Bunun da ötesinde, kişisel kusur kavramı yanlış bir temel üzerine oturmaktadır. Kişisel kusur tanımlanırken, kamu görevlisinin görevi içerisinde ve fakat yapılan görevden ayrılabilen eylem ve işlemleri esas alınmaktadır. Bu çerçevede örneğin, polis olan bir kamu görevlisi, görevini yürütürken bir kişiye hakaret etmiş olsa veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılrsa polis olan kamu görevlisinin bu eylemlerini yürütülen görevden nasıl ayıracağız veya görev ile nasıl ilgisiz kılabileceğiz? Aslında bu örneklerde kişilere zarar verici eylem-



## ***Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur***

ler yürütülen görevler ile ilgilidir. Kamu görevlilerinin eylemleri de birer idari eylemdir. Bu nedenle, bugün ortaya konulduğu şekliyle kişisel kusurun tutarlı bir hukuksal ve mantıksal dayanağı bulunmamaktadır.

Bunun yerine kişisel kusur açıklanırken, kamu görevlisinin görevi içerisindeki kusurunun görevden ayrılabilen bir kusur olması ya da olmamasını esas almaksızın görevi ile ilgili kusurlu davranışlarının tamamı kendi kusuru kapsamında değerlendirilebilir. Yani, kamu görevlisinin görevi içerisinde görevden ayrılabilen ya da ayrılamayan kişilere zarar verici her türlü kusurlu davranışında hizmet kusurundan bağımsız olarak bir kusuru vardır. Kişisel kusurun – bu noktada kişisel kusur kavramı anlamını yitirmekte, kusur kavramı anlam kazanmaktadır - bu çerçevede tasvir edilmesi, kişisel kusur ile hizmet kusuru ayırımı tutarlı bir çizgiye çekebilir. Kişisel kusur ile hizmet kusurunun iç içe geçmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Tabi böyle bir değerlendirmeye Anayasanın imkan tanınması gerekir. 1982 Anayasası kamu görevlisine doğrudan dava açılabilmesi açısından böyle bir imkan tanımamıştır. Tam aksine, 1982 Anayasasında kamu görevlisine karşı doğrudan dava açılmayacağı düzenlenerek bu aşamada kişisel kusur – hizmet kusuru ayırımı ortadan kaldırılmıştır. Fakat, idarenin kamu görevlisine rücu aşamasında kamu görevlisinin kusurunun bulunması durumunda sorumluluğu da saklı tutularak kamu görevlisinin ağır ya da hafif olması fark etmeksizin kusurlu eylem ya da işleme bir tazminat karşılığı öngörülmüştür.

Nihayet, bu nedenlerden dolayı *kişisel kusur*, *salt kişisel kusur*, *görevsel kusur* ve *hizmet kusuru* kavramlarının anlam ve kapsamı çoğu zaman birbiriyle karışmakta ve Yargıtay kararlarında da bu karışıklık görülmektedir. Bu belirsizlik ve karışıklığın kaldırılması üçüncü kişiler açısından olduğu kadar kamu görevlilerinin hak ve özgürlükleri açısından da gereklidir.

Yargıtay kararlarında yer alan kişisel kusur kavramının bünyesinde barındırdığı çelişkileri bu şekilde belirttikten sonra kişisel kusuru esas alan Yargıtay kararlarını değerlendirebiliriz.

Yargıtay, bizce Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesini yok saymaktadır. Yargıtay'ın bu yaklaşımı açıkça kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin kullanımı niteliğindedir. Anayasanın 129/5 hükmünde kamu görevlisine doğrudan dava açılabilmesi açısından *hizmet kusuru – kişisel kusur* ayırımı öngörülmediği gibi 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de böyle bir ayırım öngörülmemiştir. Anayasanın söz konusu hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar* ibaresi ile Devlet Memur-

ları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevler* ibaresinin anlamı oldukça açıktır. Bu düzenlemelerden hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı ortaya çıkarılarak, kamu görevlisinin yetkisinin kullanırken kişisel kusurunun var olduğu ve bu kusurlu davranışından dolayı doğrudan sorumluluğunun adli yargı mercilerinin görev alanında bulunduğu ileri sürülemez.

Kamu görevlisinin kişisel kusuru ile gerçekleştirilen eylem ve işlemler de aslında birer idari işlem ve eylemdir. Kişisel kusur oluşturan eylem ve işlemlerin idari eylem veya işlem niteliğinde olması, söz konusu eylem ve işlemlere karşı ancak idari yargı yerlerinde dava açılabileceğini düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 125. ve 155. maddesini esas alarak, idari eylem ve işlemlere karşı ancak idari yargı mercilerinde dava açılabileceği yönünde birçok kararı bulunmaktadır. Kamu görevlilerine karşı kişisel kusurlarından dolayı doğrudan adli yargı mercilerinde dava açılabilmesi yönündeki Yargıtay kararları Anayasa Mahkemesi kararları ile de çelişmektedir. Bu çerçevede, Anayasal bir dayanağı bulunmaksızın kişisel kusurun kabulü, aynı zamanda kişisel kusurundan dolayı kamu görevlisinin tazminat sorumluluğunu değerlendirecek olan yargı yolunun adli yargı yolu olması nedeniyle, idari yargının görev alanını belirleyen Anayasa hükümleriyle de çelişmektedir.

Şu halde, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kişisel kusurlu davranışları nedeniyle kişilere zarar vermeleri durumunda bu zarardan dolayı doğrudan ancak idarenin sorumlu tutulabileceği hem Anayasa’da hem de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda açıkça düzenlenmiştir. Buna rağmen kamu görevlilerinin doğrudan sorumlu tutulması Anayasa’ya aykırı olduğu gibi Devlet Memurları Kanununa da aykırıdır.

Kişisel kusurlu davranışlarından dolayı kamu görevlisinin doğrudan sorumlu tutulması veya sadece kamu görevlisinin sorumlu tutulması isteniyorsa, o halde Anayasa’nın 40/3 ve 129/5. maddesinin değiştirilmesi ve kamu görevlisinin hangi tür eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel olarak kusurlu olacağı ve doğrudan sorumlu tutulacağı yasal bir düzenlemeyle ortaya konulması gerekir. Bu aynı zamanda, kamu görevlisinin hangi tür davranışlarından dolayı tazminat sorumluluğu açısından idari yargı mercilerinde, hangilerinden dolayı ise adli yargı mercilerinde yargılanacağı önceden bilinmesi açısından da önemlidir. Ayrıca, böyle bir düzenleme Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi arasında ortaya çıkan içtihat farklılıklarının ortadan kaldırılmasına da hizmet edecektir.

**KAYNAKÇA**

- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil;** Türk İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009.
- Akyılmaz, Bahtiyar;** “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 449-469.
- Akyılmaz, Bahtiyar;** “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1043-1060.
- Atay, Ender Ethem;** “İdarenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Aykin, Yunus;** “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara, 2009, s.529-536.
- Başpınar, Recep;** Tam Yargı Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968.
- Bayındır, M. Savaş;** “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 551-589.
- Bermann, George A.** “Integrating Governmental and Officier Tort Liability”, Columbia Law Review, Vol. 77, 1977, p. 1175-1214.
- Braband, Rolf;** “Liability in Tort of The Government and Its Employees: A Comparative Analysis With Emphasis on German Law”, New York University Law Review, Vol. 33, 1958, p. 18-49.
- Cohen, Henry/Burrows, Vanessa K.** Federal Tort Claims Act, CRS Report for Congress, 2007.
- Demir, Mehmet;** “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHF Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 225-252.
- Duran, Lütfi;** Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Duran, Lütfi;** “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, Haziran 1984, s. 3-20.
- Esin, Y.** Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973.
- Gözler, Kemal;** İdare Hukuku, İkinci Baskı, Cilt: II, Ekin Basım Yayın

- Dağıtım, Bursa, Ekim 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut;** İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- Gözübüyük, Şeref;** Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Ankara, 2002.
- Gözübüyük, A. Şeref;** İdari Yargı, Ankara, 1970.
- Günday, Metin;** İdare Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Kaplan, Gürsel;** “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 887-918.
- Lemothe, A. L. G. Dutheillet de;** “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çeviren: S. Derbil, AÜHF Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1-4, 1960, s. 113-120.
- Oğurlu, Yücel;** “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, [http://www.akader.info/KHUKA/2003\\_mart/idari\\_hukukunda.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/idari_hukukunda.htm), (31.5.2010).
- Onar, S. S.** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul, Cilt II, 1966.
- Ozansoy, Cüneyt;** “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4, Mayıs 1990, Ankara, s. 73-87.
- Özay, İl Han;** Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul, 1996.
- Reisoğlu, Safa;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ondokuzuncu Bası, Beta, İstanbul, 2006.
- Tandoğan, Haluk;** Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 159, Ankara, 1961.
- Yıldırım, Turan;** “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, International Journal of Human Sciences ISSN: 1303-5134”, Vol. 1, No. 1, 2004, [www.insanbilimleri.com](http://www.insanbilimleri.com), (28.5.2010).

# ANAYASA MAHKEMESİNİN ÜCRET GELİRLERİNE İLİŞKİN GELİR VERGİSİ TARİFESİ İPTAL KARARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ümit Süleyman ÜSTÜN\*

## Özet

5479 sayılı Kanunla Gelir Vergisi tarifesi yeniden düzenlenmiştir. Daha önce ücret gelirleri ve diğer gelirler arasındaki farklılıklar dikkate alınmak suretiyle iki tarife yer almaktaydı. Ücret gelirleri diğer gelirlere göre daha az oranda vergilendirilmekteydi. Yapılan kanun değişikliğiyle tek tarifeye geçilmiş ve ücret gelirleri ile diğer gelirler arasındaki farklı uygulama ortadan kaldırılmıştır. Bu da orta ve yüksek ücret geliri elde edenlerin vergi yüklerinde bir artışa yol açmıştır.

Anayasa Mahkemesi, ücret gelirleri bakımından meydana gelen artışı iptal etmiştir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin kararı incelenecek ve yapılan düzenlemelerin bir değerlendirmesi yapılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Gelir vergisi, vergi tarifesi, mali güce göre vergilendirme, ayırma ilkesi, Anayasa Mahkemesi

## ANNULMENT DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT ABOUT THE INCOME TAX TARIFF AND ITS EVALUATION

### Abstract

Income tax tariff was revised by Law no. 5479. Previously, there were located in two tariffs, between salaries and other income. Salaries' tax rate was less than other income. A single tariff was created and the different applications between salaries and other income has been eliminated by Law no. 5479. These changes have led to an increase in tax burden of those have middle and high wage income.

The Constitutional Court annulled the arrangement which makes the increase of salary income taxes. This study will examine the decision of the Constitutional Court and will be trying to make an assessment of the arrangements.

**Key Words:** Income tax, the tax tariff, the principle of the financial power of taxation, the separation principle, the Constitutional Court.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk A.B.D. Öğretim Üyesi.

## **I. GİRİŞ**

Anayasa Mahkemesi kararları vergi hukukunun aslî kaynağı olup vergi hukukunun gelişmesinde önemli bir yere sahiptir. Anayasa mahkemesi, vergiyle ilgili kanunî düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle, söz konusu düzenlemelerin anayasal ilkelere uygun olarak yapılmasını da sağlamış olmaktadır.

Devlet, vergilendirme alanında düzenleme yaptığında adeta bireyin gelire, servetine ortak olmaktadır<sup>1</sup>. Bu bakımdan vergi hukukunun kişilerin özgürlükleriyle yakından ilgisi bulunmaktadır. Dolayısıyla vergiler alanında yapılacak düzenlemeler mutlaka anayasal vergi ilkelerine uygun olmalıdır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi çok önemli bir rol oynamaktadır.

Vergilerle ilgili düzenlemelerin anayasal ilkelere uygun denetimi önemli olmakla beraber, bu noktada kanun koyucuya ve vergi idaresine de önemli görevler düşmektedir. Kanun koyucu vergi hukuku ile ilgili kanunî düzenlemeler yaparken mutlaka vergi ilkelerini göz önünde bulundurmalı, yaptığı düzenlemelerin bu ilkelere uygunluğu için azami dikkat ve özeni göstermelidir. Ancak uygulamada bu dikkatin gösterilmediğini söylemek mümkündür. Vergiyle ilgili düzenlemelerin Anayasa Mahkemesine sıkça taşınması ve mahkemenin de açılan davaların önemli bölümünde iptal kararı vermesi, bu durumun bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesinin vergiyle ilgili vermiş olduğu son karar<sup>2</sup>, 5479 sayılı Kanunun<sup>3</sup> bazı düzenlemelerinin iptaline ilişkindir. 5479 sayılı Kanun, bir torba kanun niteliğinde olup çok sayıda kanunda değişiklik yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararında iptal ettiği hususlardan biri de, gelir vergisi tarifesinde yapılan düzenlemenin son diliminin ücret gelirlerine uygulanmasına ilişkindir.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin ücret gelirlerine ilişkin gelir vergisi tarifesiyle ilgili verdiği iptal kararı incelenecek, anayasal vergi ilkeleri kapsamında kararın değerlendirilmesi yapılacaktır.

<sup>1</sup> ÖNCEL Muallâ – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2009, s. 2.

<sup>2</sup> AYM., 15.10.2009 tarih ve E. 2006/95, K.2009/144.

<sup>3</sup> 5479 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Özel Tüketim Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG., 8.4.2006, S. 26133.

## Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı

### II. ANAYASA MAHKEMESİNİN ÜCRET GELİRLERİNE İLİŞKİN VERDİĞİ İPTAL KARARININ İNCELENMESİ

5479 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce Gelir Vergisi Kanununun (GVK) 103. maddesinde yer alan gelir vergisi tarifesinde ikili bir ayrıma yer verilmekteydi. Buna göre ücret gelirleri ile diğer gelir türleri arasında vergi oranlarında farklılaştırmaya gidilmişti. Ücret gelirleri, diğer gelir türleri için tarifede yer alan vergi oranları beş puan indirilmek suretiyle vergilendirmeye tabi tutulmaktaydı. 5479 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yapılan değişiklikle, gelir vergisinde iki ayrı tarife uygulamasına son verilmiştir.

Değişiklikten önceki ve sonraki tarifeler şu şekildedir:

2005 Yılı Ücret Gelirleri						
6.600	liraya kadar					% 15
15.000	liranın	6.600	lirası için	990	lira, fazlası	% 20
30.000	liranın	15.000	lirası için	2.670	lira, fazlası	% 25
78.000	liranın	30.000	lirası için	6.420	lira, fazlası	% 30
78.000	liradan fazlasının	78.000	lirası için	20.820	lira, fazlası	% 35

2005 Yılı Ücret Geliri Dışındaki Diğer Gelirler						
6.600	liraya kadar					% 20
15.000	liranın	6.600	lirası için	1.320	lira, fazlası	% 25
30.000	liranın	15.000	lirası için	3.420	lira, fazlası	% 30
78.000	liranın	30.000	lirası için	7.920	lira, fazlası	% 35
78.000	liradan fazlasının	78.000	lirası için	24.720	lira, fazlası	% 40

2006 Yılı Gelirleri (Ücret Geliri Dahil TÜM GELİRLER)						
7.000	liraya kadar					% 15
18.000	liranın	7.000	lirası için	1.050	lira, fazlası	% 20
40.000	liranın	18.000	lirası için	3.250	lira, fazlası	% 27
40.000	liradan fazlasının	40.000	lirası için	9.190	lira, fazlası	% 35

Yapılan değişiklikle ücret gelirleri ve diğer gelirler arasındaki ayırım kaldırılmış, tek tarife uygulamasına geçilmiştir. Yeni tarifenin ilk iki diliminde beşer puan indirim yapılmak suretiyle diğer gelirlerle ücret gelirlerinin vergi oranları eşitlenmiştir. Toplam dilim sayısı dörde indirilmiş olup üçüncü dilimdeki oran %27 ve son dilim ise %35 olarak belirlenmiştir. Üçüncü dilimin ora-

nı eski tarifeye göre ücret gelirlerinde bir artışı, diğer gelirlerde ise yine azalmayı ifade etmektedir. Dördüncü dilimde de yine ücret gelirleri için bir artış söz konusu iken, diğer gelirler için bir değişiklik olmamıştır. Beşinci dilim kaldırılmış, 40000 liradan fazlası için tüm gelirlerde %35 oranı belirlenmiştir. Ücret gelirleri için daha önce 78000 liradan fazlası %35'lik dilime girerken, yeni tarife sonrası 40000 liradan fazlası bu dilime girmektedir. Dolayısıyla ücret dışı gelirlerde %35'lik orana giren matrahta bir avantaj, ücret gelirlerinde ise dezavantaj meydana gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davası dilekçesinde vergiyle ilgili temel ilkeler belirtilmiş ve yapılan düzenleme ile ücretlilerin gelir vergisinin artırılarak vergi yükünün adaletli ve dengeli dağıtılması ve vergide eşitlik ilkelerinin zedelendiği vurgulanmıştır. Ayrıca Kanunun kabul tarihinin 30.3.2006 olduğu ve Kanunun 1. maddesinde yeni vergi tarifesinin 1.1.2006 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğinin hükme alındığı belirtilmek suretiyle, ücretlilerin vergi yükünün geriye dönük şekilde artırıldığı ve bu durumun da anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Belirtilen gerekçelerle 5479 sayılı Kanunla gelir vergisi tarifesinde yapılan değişiklikte yer alan, “fazlası %35 oranında” ibaresinin iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi açılan iptal davasının esastan incelenmesinde öncelikle yapılan düzenlemelerin yol açtığı sonuçları ortaya koymuştur. Mahkemenin davada esastan incelediği konular ve verdiği kararlar ana hatlarıyla aşağıdaki şekilde belirtilebilir<sup>4</sup>: “Önceki tarifede, ilk dilimde 6.600 liraya kadar uygulanan %15 oranı yeni tarifede 7.000 liraya kadar uygulanacaktır. Bu dilimde ücretliler yönünden 400 liralık bir matrah farkı söz konusudur. İkinci dilimde önceki tarifede 6.600-15.000 arası %20 oranına tabi tutulurken yeni tarifede bu dilimin üst tutarı 18.000 lira olarak belirlenmiştir. Bu dilimde de ücretliler açısından (18.000-15.000) 3.000 liralık bir matrah farkı doğmaktadır. Üçüncü dilimde, önceki tarifede 15.000-30.000 arası %25 oranında vergilendirilirken yeni tarifede 18.000-40.000 arası vergi oranı %27'ye çıkarılmıştır. Dolayısıyla (30.000-18.000) 12.000 lira matrah farkının bu dilimde ücretliler aleyhine vergilendirilmesi düzenlenmiştir. Dördüncü dilimde ise 40.000 lira ve fazlası matrahın vergi oranı %35 olarak belirlenmiştir. Böylece, önceki tarifede ücret gelirleri yönünden 78.000 lira fazlası için uygulanan %35 oranı,

<sup>4</sup> Bkz.: AYM., 15.10.2009 tarih ve E. 2006/95, K.2009/144, RG., 8.1.2010, S. 27456.



## *Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı*

yeni tarifede 40.000 liraya çekilerek (78.000-40.000) 38.000 lira matrah farkının yine ücretliler aleyhine vergilendirilmesi öngörülmüştür”.

Mahkeme yapılan tarife değişikliği, gelir türleriyle de kıyaslayarak detaylı şekilde açıklamıştır: “Dava konusu kuralın da yer aldığı yeni gelir vergisi tarifesi ile önceki tarife karşılaştırıldığında, yeni tarifenin ilk üç dilimine giren ücretlinin vergi tutarı önceki tarifeye göre daha düşük iken, %35 vergi oranlı dördüncü dilimine giren ücretlinin vergi tutarının öncekine göre daha yüksek olduğu görülmektedir. Karşılaştırma, ücretliler ile ücret dışı gelir elde eden diğer yükümlüler arasında yapıldığında, bu dilimde ücretlilerin üzerindeki yükün diğer gelir vergisi yükümlülerine göre yükseldiği, yeni tarife ile ücretlilerin vergi yükü artırılırken diğer gelir vergisi yükümlülerinin yükünün azaldığı ortaya çıkmaktadır. Yeni tarifenin dördüncü dilimine giren ve aynı geliri elde eden yükümlülerin vergi yükü, ücret dışı gelir sahiplerinin lehine değişirken ücretlinin aleyhine değişmiş ve mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırı olarak ağırlaştırılmıştır”.

Mahkeme kararında, yapılan değişikliğin amacına da vurgu yapılmıştır: “Gelir vergisi tarifesinde, dilim sayısı ve vergi oranları azaltılıp, dilimlerdeki gelir tutarları artırılmak suretiyle yapılan değişikliğin amacı, gelir üzerindeki vergi yükünün azaltılıp vergi tahsilâtının artırılması olarak belirtilmiştir”.

Mahkemenin davanın esasını incelerken yapmış olduğu tespitler oldukça değerlidir. Kararda vurgulanan hususlar hem mahkemenin görüşünü yansıtmaması ve hem de yasama ve yürütme organlarına yapacakları düzenlemelerde yol göstermesi bakımından oldukça büyük bir önemi haizdir: “Ücret geliri elde edenlerin mali gücü ile gelirin niteliği ve kişisel durum arasında bağlantı kurulmamıştır. Yasa koyucu vergi oranlarını belirlerken ücret geliri elde eden yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumunu göz önüne alacak bir sistem getirmemiştir. Oran, verginin asli unsurlarından olup mali gücü etkileyen en önemli ölçütlerden biridir. Vergi oranı ile vergiye tabi gelirin niteliği arasında doğrudan bağlantı vardır. Vergilendirmede farklı nitelikteki gelirlerin ayrı vergilendirme yöntem ve oranlarına tabi tutulması, vergi adaletinin sağlanması için gereklidir. ... Ücret gelirlerinin diğer gelir unsurlarına göre salt emeğe dayalı olarak elde edilen gelir niteliğinde olması ve vergi baskısının yüksekliği nedeniyle özellikle bu geliri elde edenlerin ekonomik durumları ile vergi oranları arasında doğrudan bir bağlantının kurulmaması ve ücretlilerden vergi alınırken mali gücün göz ardı edilmesi düşünülemez. ... Anayasa'nın

73. maddesindeki “mali güç” ilkesi ile 55. maddesindeki “adaletli bir ücret elde etme” ilkesi bir arada değerlendirildiğinde, ücret gelirlerinin ücret dışın-da elde edilen gelirler ile aynı oranda vergiye tabi tutulması ve hiçbir önlem alınmadan ücrette azalmaya neden olacak şekilde yükseltilmesi, “adalet” ilkesini de zedeler”<sup>5</sup>.

Anayasa Mahkemesi belirtilen değerlendirmeleri yapmış ve “...fazlası % 35 oranında ...” ibaresinin “ücret gelirleri” yönünden Anayasanın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğuna ve hükmün iptaline hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, iptal kararından sonra doğacak hukuki boşluğu kamu yararını ihlal edici nitelikte görmüş ve yeni kanuni düzenleme yapılabilmesi amacıyla iptal hükmünün kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin geriye yürüdüğüne ilişkin iddiayı da değerlendirmiştir: “Vergilendirme dönemi bitmeden değiştirilen vergi oranlarına ilişkin düzenlemenin yılın başından itibaren yürürlüğe konulması, benimsenen vergi sisteminin bir sonucu olup yasanın gerçek anlamda geriye yürümesinden söz edilemez. Kaldı ki, gelir vergisi tarifesinin 5479 sayılı Yasa’yla değiştirilmesiyle birlikte, ücretliler yönünden geçici 70. maddeyle yeni bir düzenleme yapılmış, yeni tarifeye göre hesaplanan verginin fazla veya eksik olmasına göre terkin ya da ödeme yöntemi getirilerek yükümlüler arasındaki eşitsizlik giderilmiştir”. Mahkeme bu gerekçeleri belirttikten sonra, dava konusu kuralın ücret gelirleri yönünden anayasa aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar vermiştir.

### **III. ÜCRET GELİRLERİNE İLİŞKİN OLARAK ANAYASA MAHKEMESİNİN VERDİĞİ KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yasama yetkisinin genelliği ilkesine göre, anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konu kanunla düzenlenebilmektedir. Ayrıca yasama organı bir konuyu anayasaya aykırı olmamak şartıyla doğrudan doğruya, yani araya herhangi

<sup>5</sup> Kararda ayrıca şu değerlendirmeler de yer almaktadır: “Yasa koyucu vergilendirme yetkisini kullanırken, anayasal kurallara uymak ve vergi yükünün adalete uygun ve sosyal amaçlı dağıtımını sağlamak koşuluyla, gelir, servet veya harcamanın vergilendirilmesinde konulara, nitelik veya miktarlara göre kimi değişik ölçütler getirebilir, gelirin unsurlarına ve miktarına göre ayrı yükümlülükler ve oranlar belirleyebilir. ... Anayasa’nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa, ücreti, diğer gelirlerden farklı olarak özel şekilde düzenlemiş, bu düzenlemede ücretin özellikli ve ayırık durumunu gözeterek, Devlet’e “adaletli bir ücret” için tedbir alma görevi vermek suretiyle koruma altına almıştır”.

## *Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı*

bir işlem girmeksizin düzenleyebilir. Buna da yasama yetkisinin aslılığı denilmektedir. Buna göre yasama organının düzenleme yetkisi ilk-el, aslî bir yetkidir<sup>6</sup>. Ancak yasama organı düzenleme yaparken elbette ki anayasada düzenlenmiş temel ilkelere uygun davranmak zorundadır. Mali güce göre vergilendirmeyi dikkate almayan bir kanuni düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir.

Gelir Vergisi Kanununda yer alan yer alan yedi gelir unsuru; teşebbüs, emek, servet gelirleri ve kendine özgü gelirler olmak üzere dört sınıfa ayrılabilir. Emek gelirleri içinde yer alan ücret gelirleri, bağımlı emeğin geliri olması özelliğiyle aynı sınıfta yer alan serbest meslek kazançlarından ayrılmaktadır<sup>7</sup>. Ücret geliri GVK'nın 61. maddesinde tanımlanmıştır: “Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir”.

Vergilendirme yapılırken mali gücün dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü mükelleflerin gelir ve servet düzeyleri birbirinden farklıdır. Vergide adaletin gerçekleşmesi için, vergilendirme sırasında mükellefler arasındaki farklılıkların dikkate alınması, herkesin mali gücüne göre vergilendirilmesi gerekir<sup>8</sup>. Zaten Anayasanın 73/1. Maddesinde herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.

Mali güce göre vergilendirme yapabilmek için bir takım tekniklerden yararlanılmaktadır. Bunlar en az geçim indirimi, artan oranlı vergi tarifeleri, çeşitli muafiyet ve istisnalar tanınması ve ayırma ilkesidir<sup>9</sup>. Konumuz bakımından üzerinde durulması gereken husus ayırma ilkesidir. Emekten sağlanan gelirin, sermaye gelirlerine kıyasla korunmaya ihtiyaç göstermesi düşüncesinden hareketle, emek gelirlerinden servet ve sermaye gelirlerine kıyasla daha düşük oranda vergi alınmasına ayırma ilkesi denilmektedir<sup>10</sup>. Ayırma ilkesinin lehinde ve aleyhinde görüşler olmasına rağmen<sup>11</sup>, mali güce göre vergilendir-

<sup>6</sup> ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s. 164, 165; TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 259, 260; TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 12.

<sup>7</sup> ÖNCEL– KUMRULU– ÇAĞAN, s. 242, 286, 294.

<sup>8</sup> AKDOĞAN Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Ankara 2006, s. 211.

<sup>9</sup> AKDOĞAN, s. 219 vd.; ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 53.

<sup>10</sup> Bkz.: AKDOĞAN, s. 240; BİYAN Özgür, “Hukukun Üstün Tutulması Gerektiği Bir Kez Daha Anlaşıldı: Anayasa Mahkemesinin Vergisel Düzenlemelerdeki İptal Kararları”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Aralık 2009, S. 72, MDergi/8857A.030.

<sup>11</sup> Sermaye gelirleri vergiye daha dayanıklıdır, emek gelirlerinin zahmeti daha fazladır, sermaye

mede ayırma ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak 5479 sayılı Kanunla ayırma ilkesi ortadan kaldırılmış olmaktadır<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesi kararı ve buna dayanılarak yapılan kanuni düzenleme sonrası, ayırma ilkesinin kısmen de olsa uygulandığı söylenebilir.

Ayırma ilkesiyle ilgili tartışmalar bir kenara bırakılsa dahi, ücret gelirleriyle ilgili bazı veriler ortaya konduğunda, bu gelirlerin önemi anlaşılmaktadır. TÜİK'in verilerine göre 2009 yılında hane halkının toplam gelirinin %65.3'ü emek gelirlerinden oluşmaktadır<sup>13</sup>. Ücret gelirlerin toplam gelir vergisi hasılatı içindeki payı da oldukça büyüktür. Toplam gelir vergisi hasılatının %58'ini ücret gelirleri oluşturmaktadır<sup>14</sup>. Bütün bu bilgiler de mali güce göre vergilendirme yapılması ve vergide adaletin sağlanabilmesi için ücret gelirlerinin mutlaka dikkate alınması gerektiğini göstermektedir. Ayırma ilkesine yer vermeyen bir gelir vergisi tarifesinin, Anayasanın emrettiği mali güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmeye hizmet ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır.

Yapılan değişikliğin amacı olarak, tarifedeki dilim sayısının ve oranların azaltılıp dilimlerdeki gelir tutarlarının artırılması suretiyle, gelir üzerindeki vergi yükünün azaltılması ve böylelikle vergi tahsilatının artırılması olarak belirtilmiştir. Bu gerekçe ana hatlarıyla ele alındığında, vergi yükünün azaltılması ve böylelikle tahsilatın artırılmasının mümkün olabileceği, kanun değişikliğinde bunun gözetilmesinin doğru bir yaklaşım olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak konu derinlemesine incelendiğinde, belirtilen gerekçe ile yapılan değişiklik arasında tam bir uyumun olmadığı görülmektedir. Yapılan de-

---

ye gelirleri daha düzenli ve sürekli niteliktedir, sermayenin gelir oluşturma imkanı daha fazladır ve toplumda sahibine itibar sağlar gibi. Ayırma ilkesinin aleyhinde olan görüşlere göre ise, sermayenin ağır vergilendirilmesi sermayenin azalmasına ve üretimin düşmesine yol açar, emek ve sermaye gelirleri her zaman birbirinden net olarak ayrılmaz, her gelirin risk ve güçlükleri birbirinden farklıdır... Bkz. AKDOĞAN, s. 240-242.

<sup>12</sup> GÜMÜŞ Erhan, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Ücret Gelirlerinin Durumu", *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Şubat 2010, S. 74, s. 85.

<sup>13</sup> URAS Güngör, "Hane Halkının Toplam Gelirinin Yüzde 65.3'ü Emek Geliri", *Milliyet Gazetesi*, 30.7.2010.

<sup>14</sup> Sadece stopaj dikkate alındığında ise, stopajla toplanan gelir vergisinin % 62.7'sini ücretliler ödemektedir. Gelir İdaresi Başkanlığı 2009 Faaliyet Raporu, Nisan 2010, s. 155-156, Bkz.: KIZILOĞLU Şükrü, "Ücretlilerin Gelir Vergisinde Son Durum", *Hürriyet Gazetesi*, 12 Temmuz 2010; Gelir vergisi içindeki en önemli hasılat kaynağı olan ücret gelirlerinin üzerindeki kamu paylarının büyüklüğü de bir başka tartışma konusudur. Ücret gelirleri üzerindeki yüklerin ağırlığı kayıt dışılığı teşvik etmektedir. Bkz.: SEVİĞ Veysi, "Vergi Tarifesinde Değişim", *Dünya Gazetesi*, 10.4.2006.

## *Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı*

ğişiklikle tüm gelirlerde değil, sadece ücret dışı gelirlerde vergi yükü azaltılmıştır<sup>15</sup>. Ücret gelirlerinde ise azalma bir yana son iki dilimde artış meydana gelmiştir. Dolayısıyla tarife değişikliği, kanunun amacına uygun olarak yapılmamıştır.

Vergi yükünün azaltılmasının tahsilatı artırma etkisi olabilir. Ancak ücret gelirleri bakımından bu etkiden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ücretlerin vergilendirilmesinde stopaj yöntemi nihaî vergilendirmeye tekabül ettiği için<sup>16</sup>, vergi yükünün azaltılmasının ücret gelirlerinde vergi tahsilatını artırmaya etkisi olmayacaktır. Doktrinde, vergi kaçırma imkanı bulunmadığı için ücret gelirlerinin korunması gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>17</sup>. Dolayısıyla stopajla vergilendirilen ve vergi kaçırma imkanı bulunmayan ücret gelirlerinde vergi yükünün azaltılmasının tahsilat artışıyla ilgisinin bulunmadığı açıktır. Buradan da kanun hazırlanırken ücret gelirlerinin kesinlikle dikkate alınmadığı, diğer ücret gelirlerine göre düzenleme yapılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Yasa koyucu vergi oranlarını belirlerken ücret geliri elde eden yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumunu göz önüne alacak bir sistem getirmemiştir. Ücret geliri elde eden yükümlülerin mali gücü dikkate alınmamıştır. Mali gücün dikkate alınabilmesi için düşük gelir elde eden ücretlilerin de daha düşük orana tabi tutulması gerekir. Hal böyleyken sadece yüksek ücretliler bakımından konunun ele alınması ve sadece en üst dilime giren ücretlilerin düşünlüp dava açılmış olması da burada bir eksikliğin olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi “Vergilendirmede farklı nitelikteki gelirlerin ayrı vergilendirme yöntem ve oranlarına tabi tutulması, vergi adaletinin sağlanması için gereklidir” demek suretiyle, ücret gelirlerinin diğer gelir türlerine göre farklı oranda vergilendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla mahkemenin bu görüşünden yola çıkmak suretiyle dahi yapılan düzenlemenin, sadece yüksek ücret gelirleri bakımından değil, tüm ücret gelirleri bakımından vergi adaletine ters düştüğü sonucuna ulaşmak mümkündür.

<sup>15</sup> Ücret gelirlerinde belki sadece ilk iki dilimde sınırlı bir şekilde vergi yükünün azaltıldığı ileri sürülebilirse de, aslında vergi yükünün tam anlamıyla azaltıldığı söylenemez. Çünkü burada sadece matrah dilimlerindeki gelir tutarlarında bir artış vardır ki bu artış da her yıl yeniden değerlendirme oranında yapılan artışla kıyaslanabilecek önemde bir artış değildir. Yani bu kanun düzenlemesi olmasaydı dahi, enflasyon etkisiyle ücret gelirlerine ilişkin matrah dilimlerinin tutarında benzer artış olacaktır.

<sup>16</sup> ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 292.

<sup>17</sup> ÖZEL Salih, “Mali Güce Göre Vergilendirme”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Mayıs 2009, S. 65, MDergi/8864A.012.

Kaldı ki Anayasa Mahkemesi ücret gelirlerinin diğer gelir türlerine göre farklılıklarının olduğunu ve bunların dikkate alınması gerektiğini de belirtmiştir: “Ücret gelirlerinin diğer gelir unsurlarına göre salt emeğe dayalı olarak elde edilen gelir niteliğinde olması ve vergi baskısının yüksekliği nedeniyle özellikle bu geliri elde edenlerin ekonomik durumları ile vergi oranları arasında doğrudan bir bağlantının kurulmaması ve ücretlilerden vergi alınırken mali gücün göz ardı edilmesi düşünülemez”. Anayasa Mahkemesi ücret gelirlerinin özellikleriyle ilgili ifadelerini daha net ve kesin bir şekilde tekrarlayarak bu konudaki kararını son olarak şu şekilde vurgulamıştır: “Ücret gelirlerinin ücret dışında elde edilen gelirler ile aynı oranda vergiye tabi tutulması ve hiçbir önlem alınmadan ücrette azalmaya neden olacak şekilde yükseltilmesi, “adalet” ilkesini de zedeler”. Anayasa Mahkemesinin bu kararına dayanarak, ücret gelirleriyle diğer gelir türleri arasındaki farklılıkları göz önüne almayan bir gelir vergisi tarifesinin aslında vergi adaletine aykırı olacağını söylemek mümkündür. Ayrıca ücret gelirlerinde üst orana giren dilimi yükseltmenin mali güçle ilgili olduğu söylenebilirse de, asıl olan alt dilimlerdeki ücret gelirlerinde mali gücün esas alınması zorunluluğudur.

Anayasa Mahkemesinin kararında vurguladığı hususlara göre, gelir vergisi tarifesi mevcut haliyle yani, ücret gelirleriyle ücret dışı gelirlerin aynı oranda vergiye tabi tutulması, vergi adaletine aykırılık oluşturmaktadır<sup>18</sup>. Vergi tarifesinin düzenlenmesinde gelir türleri arasındaki farklılıkların dikkate alınması gerekir. Kararın incelenmesinden; iptal davası açılırken sadece yüksek ücret gelirleri elde edenler düşünülme<sup>19</sup> mali güç ilkesinin bütün ücret gelirleri açısından geçerli olduğu dikkate alınıp dava bu taleple açılırdı, Anayasa Mahkemesinin tüm ücret gelirleri bakımından tarifeyi iptal edeceği sonucuna ulaşmaktayız.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak üzere yasama organı, kararın Resmi Gazetede yayımından itibaren altı ay içinde kanuni düzenlemek yapmak durumunda kalmıştır. Her ne kadar altı aylık süre geçtikten sonra olsa da yasama organı 6009 sayılı Kanunla<sup>20</sup> ge-

<sup>18</sup> Karş. BİYAN, agm; ÖZEL, agm.

<sup>19</sup> Benzer yöndeki görüş için bkz.: “Burada eleştirilmesi gereken, mahkeme değil davayı açanlar olmalıdır”. YÜCEL Mehmet, “Vergilemede Adalet, Eşitlik, Ödeme Gücü Ve Ayırma İlkeleri İle Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının Bu İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, E-Yaklaşım, Ocak 2010, S. 205; YÜCEL Mehmet, “Anayasa Mahkemesinin Gelir Vergisi Kanununun Bazı Hükümlerinin İptali İle İlgili Kararlarının Değerlendirilmesi”, Lebib Yalkın mevzuat Dergisi, Aralık 2009, S. 72, MDergi/8857A,036.

<sup>20</sup> 6009 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde De-

## Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı

lir vergisi tarifesini yeniden düzenlemiştir. 6009 sayılı Kanununun 3. maddesiyle düzenlenen tarife şu şekildedir:

6009 sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme						
8.800	TL'ye kadar					<b>% 15</b>
22.000	TL'nin	8.800	TL'si için	1320	TL, fazlası	<b>% 20</b>
50.000 ( <i>ücret gelirlerinde</i> <b>76.200</b> )	TL'nin	22.000	TL'si için	3.960	TL, fazlası	<b>% 27</b>
50.000 ( <i>ücret gelirlerinde</i> <b>76.200</b> )	TL'den fazlasının	50.000 <b>(76.200)</b>	TL'si için	11.520 <b>(18.594)</b>	TL, fazlası	<b>% 35</b>

6009 sayılı Kanunla yapılan düzenleme Anayasa Mahkemesinin kararına uygundur. Ancak ayırma ilkesini tam olarak karşılamadığı ve ücret gelirleriyle diğer gelir türleri arasında mali güce göre vergilemeyi tam olarak sağlamadığı için vergi adaletini gerçekleştirmekten uzaktır.

Vergi hukukunda geriye yürüme ile ilgili olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır<sup>21</sup>. Gerçek geriye yürüme, bir vergi kanununun eski kanun döneminde tamamlanmış hukukî durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise, vergi kanunlarının eski kanun yürürlükte iken başlamakla beraber, henüz tamamlanmamış hukukî durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Vergi işlemleri dönemselsel olarak gerçekleştirilmekte ve vergi ödeme gücü bu dönemlere göre belirlenmektedir. Dolayısıyla vergi ödeme gücüne göre vergilendirme yapıldığının kabul edildiği tamamlanmış bir vergilendirme dönemine ilişkin olarak getirilecek ek vergi yükü, mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>22</sup>. Gerçek olmayan geriye yürümede vergi ödeme gücü henüz tam olarak oluşmamıştır. Gerçek olmayan geriye yürüme vergilendirme işlemlerinin yerine getirilmemiş olması halinde zaman zaman ortaya çıkabilen ve iptali gerekmeyen bir uygulamadır<sup>23</sup>.

ğışıklık Yapılmasına Dair Kanun, RG., 1.8.2010, S. 27659.

<sup>21</sup> ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 47; ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007, s. 76.

<sup>22</sup> Bkz.: ORTAÇ F. Rifat, "Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Düzenlenen Ek Vergi Uygulamasının Vergi Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", Türk Hukuk Dünyası, yıl 1, S. 1, Mayıs 2000, s. 32.

<sup>23</sup> ORTAÇ, s. 32.



5479 sayılı Kanunla değiştirilen gelir vergisi tarifesi yaklaşık dört ay geriye yürütülmüştür. Bu düzenleme bir takvim yıllık vergilendirme dönemi dolmadan yapılmıştır. Düzenlemenin geriye yürütüldüğü dönemin uzunluğu bakımından ölçsüz bir durum yoktur. Dolayısıyla yapılan değişiklik kişilerin hukuki güvenliklerini zedeleyecek boyutta bulunmamaktadır. Buradaki geriye yürüme gerçek olmayan bir geriye yürüme niteliğinde olup iptali gerekmemektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin geriye yürüme ile ilgili iptal talebini reddetmesi isabetlidir. Ancak kanun koyucunun yapacağı kanun değişikliklerini vergilendirme döneminden önce yapması kişilerin hukuki güvenliği ve hukuk devleti ilkesi bakımından en doğru yaklaşım olacaktır. Çünkü, gerçek olmayan geriye yürüme hali her ne kadar iptali gerekmeyen bir uygulama niteliğinde olsa da sonuç itibarıyla bir geriye yürüme durumunu bünyesinde barındırmaktadır.

#### **IV. SONUÇ**

Yasama organı, yasama yetkisinin genelliğine dayanarak her türlü konuda aslı düzenleme yetkisine sahiptir. Ancak bu düzenleme yetkisini mutlaka temel anayasal ilkelere uygun kullanmak zorundadır. Buna uyulmadığı takdirde hukuk devletine aykırı uygulamalara rastlanabilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu noktada önemli bir görev ifa etmektedir.

Kişilerin hukuki güvenlikleriyle çok yakından ilgili bir alan olan vergi hukuku alanında da yapılacak düzenlemelerde çok dikkatli olunması gerekmektedir. Aksi halde kişilerin özgürlük alanlarına müdahalede edilmiş olacaktır.

Ücret gelirlerinin vergilendirilmesiyle ilgili gelir vergisi tarifesinde 5479 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile ayırma ilkesinin uygulanmasına son verilmiş ve tek tarifeye geçilmiştir. Ancak tek tarife uygulaması gelir türleri arasındaki farklılıkları göz önüne almak ve mali güce göre vergilendirmeyi sağlamaktan çok uzaktır. Açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi bu hususu vurgulamıştır. Ancak iptal davasındaki talebe bağlı kalarak üst orana giren ücret gelirlerinin vergilendirilmesindeki adaletsizliği iptal etmiştir. Bu iptal kararı doğrultusunda, 6009 sayılı Kanunla gelir vergisi tarifesi yeniden düzenlenmiş ve son iki dilime giren ücret gelirlerinin tutarı artırılmıştır.

Bu değişikliklerle birlikte orta ve yüksek gelire sahip ücretliler açısından mali güç ilkesi dikkate alınmış olmakta, fakat düşük ücretlilerde ise mali güç ilkesi göz ardı edilmiş olmaktadır. Oysa vergi adaleti sağlanmak isteniyorsa Anayasa Mahkemesinin kararında belirttiği gibi gelir türleri arasındaki fark-



## ***Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı***

lılıkların dikkate alınması gerekir. Ayrıca tek tarifeye geçişle ilgili kanun gerekçesi de yapılan değişikliği açıklamaktan uzak kalmaktadır. Vergi adaletini sağlayabilmek için ayırma ilkesine göre düzenlenen vergi tarifesine yer verilmesi gerekmektedir.

### **KAYNAKÇA**

AKDOĞAN Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Ankara 2006, s. 211.

BİYAN Özgür, “Hukukun Üstün Tutulması Gerektiği Bir Kez Daha Anlaşıldı: Anayasa Mahkemesinin Vergisel Düzenlemelerdeki İptal Kararları”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Aralık 2009, S. 72, MDergi/8857A.030.

GÜMÜŞ Erhan, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Ücret Gelirlerinin Durumu”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Şubat 2010, S. 74, s. 85.

KIZILOT Şükrü, “Ücretlilerin Gelir Vergisinde Son Durum”, Hürriyet Gazetesi, 12 Temmuz 2010.

ORTAÇ F. Rifat, “Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Düzenlenen Ek Vergi Uygulamasının Vergi Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Türk Hukuk Dünyası, yıl 1, S. 1, Mayıs 2000.

ÖNCEL Muallâ – KUMRULU – Ahmet – ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2009.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993.

ÖZEL Salih, “Mali Güce Göre Vergilendirme”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Mayıs 2009, S. 65, MDergi/8864A.012.

SEVİĞ Veysi, “Vergi Tarifesinde Değişim”, Dünya Gazetesi, 10.4.2006.

TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001.

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991.

*Ümit Süleyman ÜSTÜN*

URAS Güngör, “Hane Halkının Toplam Gelirinin Yüzde 65.3’ü Emek Geliri”,  
Milliyet Gazetesi, 30.7.2010.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi,  
Ankara 2007.

YÜCEL Mehmet, “Anayasa Mahkemesinin Gelir Vergisi Kanununun Bazı  
Hükümlerinin İptali İle İlgili Kararlarının Değerlendirilmesi”, Lebib  
Yalkın mevzuat Dergisi, Aralık 2009, S. 72, MDergi/8857A,036.

YÜCEL Mehmet, “Vergilemede Adalet, Eşitlik, Ödeme Gücü Ve Ayırma  
İlkeleri İle Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesine İlişkin Anayasa  
Mahkemesi Kararının Bu İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”,  
E-Yaklaşım, Ocak 2010, S. 205.

**ÇEVİRİ>>**

BOŞ

**MEMURİYET GÖREVİNİ İHLALDEN DOLAYI AÇILAN VE  
İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞININ MEVCUT OLDUĞU  
DAVADA KISMİ HÜKMÜN VERİLİP VERİLEMEYECEĞİ  
MESELESİ HAKKINDA ALMAN FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ  
6. HUKUK DAİRESİ'NİN 17.2.2004 TARİH ve 39/03 SAYILI KARARI**

**Cenk AKİL\***

**Özet**

*Memuriyet görevini ihlal sonucu açılan bir dava ile aynı zarardan dolayı üçüncü bir kişiye karşı açılan dava birleştirilirse ve üçüncü kişinin tazminatla yükümlü olup olmadığı hususu henüz karar verilmeye elverişli bir halde değilse, memuriyet görevini ihlal sonucu açılan dava, (ihtiyari) dava arkadaşı hakkında açılan tazminat davası sonucunda verilecek karar bu dava bakımından ön sorun olduğu gerekçesiyle, kısmi hükümle reddedilemez.*

***Anahtar Kelimeler:** Medeni yargılama hukuku, memuriyet görevini ihlal sonucu açılan tazminat davası, kısmi hüküm, ihtiyari dava arkadaşı, ön sorun.*

***The Decision Of The Federal Court Of Justice For The Sixth Civil Senate Dated 17.02.2004 And Numbered 39/03 Regarding The Matter Whether A Partial Verdict Can Be Given Or Not In A Suit, In Which A Permissive Joinder Of Parties Exists, Arising From The Breach Of An Official Duty***

**Abstract**

*In case a suit for damages arising from the breach of an official duty and another suit based upon the same damage that is brought against a third person are consolidated and if the matter whether the third person is liable for damages or not is not yet convenient for rendering a verdict; the suit arising from the breach of official duty can not be dismissed with a partial verdict on the ground that the verdict which will be rendered about the suit for damages brought against the permissive joinder of parties is a preliminary question for the former.*

***Key Words:** Civil Procedure Law, suit for damages arising from the breach of an official duty, partial verdict, permissive joinder of parties, preliminary question.*

---

\* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

**AMK m. 839 II, I**

Eğer memuriyet görevini ihlalden dolayı açılan dava (olayda, üniversite kliniğinin şef doktoruna karşı açılmıştır), aynı zarardan dolayı üçüncü bir kişiye (olayda, üniversite kliniğidir) açılan dava ile bağlantılı ise ve üçüncü kişinin tazminatla yükümlü olup olmadığı meselesi henüz karar vermeye elverişli bir duruma gelmemişse, görevden doğan sorumluluk davası (ihtiyari) dava arkadaşının tazminatla yükümlü olup olmadığını henüz aydınlığa kavuşturulmamış olmasına işaret edilerek kısmi hükümlerle reddedilemez. Çünkü onun hakkındaki karar, kısmi hükümlerle karara bağlanacak memuriyet görevinden dolayı açılmış bulunan dava bakımından ön sorun teşkil etmektedir (Hüküm onanmıştır. Bkz. BHGZ 120, 376 (380)= NJW 1993, 784).

Alman Federal Temyiz Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 17.2.2004 tarihinde, Hakim Dr. Müller başkanlığında, hakim Wellner, Diederichsen, Stöhr ve Zoll ile yapmış olduğu sözlü yargılama sonucunda şu kararı vermiştir:

Davacının temyiz başvurusu üzerine Braunschweig Yüksek Eyalet Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2002 tarihli kararı kaldırılmış ve ikinci davalı hakkında verilen hüküm masrafa ilişkin kararlarla birlikte iptal edilmiştir.

Dava dosyası, iptal kapsamında yeniden yargılama yapılması ve -temyiz yargılamasına ilişkin masraflar da dâhil olmak üzere- yeniden karar verilmesi için istinaf mahkemesine geri gönderilmiştir.

**OLAY:**

Davacı, birincisi üniversite kliniği, ikincisi bu klinikte görevli şef doktor ve üçüncüsü müracaat edilen uzman doktor olmak üzere üç davalı hakkında tazminat davası açmış ve gerekçe olarak da hatalı bir EEG aletinden dolayı “epilepsi nöbeti ile birlikte Sturge-Weber-Sendromu”nda Hemisferektomi (çalışan sol büyük beynin alınması) operasyonunun 1995’te yapılması gerekirken geç kalınarak 1998’de yapıldığını ileri sürmüştür.

Eyalet Mahkemesi, birinci ve üçüncü davalıyı, davacının talep ettiğinin yarısı olan 150000 Mark ödemeye mahkûm etmiş; ikinci davalı ve geri kalanı bakımından ise davayı reddetmiştir. Karara karşı hem davacı hem de birinci ve üçüncü davalı, istinaf yoluna başvurmuştur. İstinaf mahkemesi vermiş olduğu kısmi hükümlerle, ikinci davalı hakkındaki ret kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddetmiş; eyalet mahkemesinin üçüncü davalı

## *Memuriyet Görevini İhlalden Dolayı Açılan Ve İhtiyari Dava Arkadaşlığının...*

hakkındaki hükmünü kısmen değiştirmiş ve ona yönelik davayı (tümüyle) reddetmiştir. Görevli Daire, davacının, ikinci ve üçüncü davalı hakkında verilen kısmi hükme karşı yaptığı ve dava konusu ettiği talepleri ileri sürmeye devam ettiği temyiz başvurusunu sadece ikinci davalı bakımından kabul etmiştir. O bakımdan temyiz başvurusu kararın kaldırılmasına ve dosyanın geri gönderilmesine yol açmıştır.

### **GEREKÇE:**

**I.** İstinaf mahkemesi, ikinci davalıyla ilgili olarak vermiş olduğu kısmi hükmün gerekçesinde, ikinci davalı üniversite kliniğinde görevli bir şef doktor olduğundan onun haksız fiil sorumluluğunu yalnızca AMK m. 839'a dayandırmıştır. AY m. 34 uyarınca burada sorumluluk, ikinci davalının görev yapmakta olduğu üniversite kliniğine yani tüzel kişiliğe düşer. Buna karşılık, AMK m. 839, I/2 uyarınca görevini kusurlu bir biçimde ifa etmiş olan memur zarar görene (mağdura) devletin sorumluluğunu işaret edebilir ve kendisini sorumluluktan muaf tutabilir. Olayda ikinci davalı konumundaki şef doktorun, kişisel sorumluluğuna sebep olacak tarzda görevini kasten ihmal ettiğine dair somut bir dayanak noktası bulunmamaktadır.

**II.** Bu değerlendirme, temyiz başvurusu karşısında savunulabilir değildir. İtiraz edilen hüküm temyiz başvurusu üzerine iptal edilmiştir. İstinaf mahkemesinin, eyalet mahkemesinin ikinci davalıya ilişkin olarak verdiği karara karşı gidilen istinaf başvurusunu reddeden kararı caiz olmadığından, iptali istenen karar, temyiz başvurusu üzerine kaldırılmıştır.

**1.** Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin istikrar kazanmış kararlarına göre, kısmi hüküm, bakiye uyuşmazlık hakkında verilecek karardan, birbiriyle çelişkili karar verilmesini olanaksız kılacak derecede bağımsız ise verilebilir. Buraya kanun yolu mahkemeleri tarafından verilecek kararlar da dâhildir (karş. Senatsurteile BGHZ 120, BGHZ Band 120 Seite 376 [BGHZ Band 120 Seite 380] = NJW 1993, NJW Jahr 1993 Seite 784; NJW 1996, NJW Jahr 1996 Seite 1478 = VersR 1996, VERSR Jahr 1996 Seite 779 [VERSR Jahr 1996 Seite 780]; NJW 1999, NJW Jahr 1999 Seite 1035 = VersR 1999, VERSR Jahr 1999 Seite 734, jew. m.w. Nachw.; BGHZ 107, BGHZ Band 107 Seite 236 [BGHZ Band 107 Seite 242] = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 2821; BGH, FPR 2002, FPR Jahr 2002 Seite 557 = FamRZ 2002, FAMRZ Jahr 2002 Seite 1097). Bu ilke, pek çok ihtiyari dava arkadaşına karşı açılmış bulunan davalar bakımından da geçerlidir (karş. Senat, NJW 2004, NJW Jahr 2004 Seite 1452,

und NJW 1999, NJW Jahr 1999 Seite 1035 = VersR 1999, VERSR Jahr 1999 Seite 734; BGH, NZI 2003, NZI Jahr 2003 Seite 229 = ZIP 2003, ZIP Jahr 2003 Seite 594; vgl. auch OLG München, NJW-RR 1994, NJW-RR Jahr 1994 Seite 1278; LG Köln, MDR 2001, MDR Jahr 2001 Seite 232, mit Anm. von E. Schneider; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 301 Rdnrn. 4, 7).

2. Mevcut olay bakımından ise çelişkili karar verilmesi ihtimalinin olmadığı söylenemez.

a) Her şeyden önce istinaf mahkemesinin hukuki çıkış noktası hatalıdır. Şöyle ki, istinaf mahkemesi, bir yandan, AY m. 34 uyarınca şef doktorun kusurundan dolayı üniversite kliniğinin sorumluluğunu kabul etmiş; öte yandan gerekçede AY m. 34 kapsamında sorumluluğun aktarılması bağlamında lüzumlu olmadığı halde, davalının AMK m. 839, I c.2 uyarınca üzerine düşen sorumluluğu havale etme ayrıcalığından söz etmiştir (karş. BGHZ 85, BGHZ Band 85 Seite 393 [BGHZ Band 85 Seite 395ff.] = NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 1374; BGHZ 89, BGHZ Band 89 Seite 264 [BGHZ Band 89 Seite 273] = NJW 1984, NJW Jahr 1984 Seite 1400). Temyiz başvurusunda, haklı olarak, AY m. 34'ün sadece bir kamu görevlisinin, kendisine görevinden dolayı tevdi edilen kamu gücünü üçüncü bir kişiye karşı icra ederken, yani devletin egemenlik kudretini kamusal biçimde kullanırken görevini ihlal etmesi durumunda söz konusu olacağına işaret edilmiştir. Buna karşılık, ikinci davalının AMK m. 839 ile AMK m. 839, I/2'nin sorumluluğu havale etme imkanı veren hükmü karşısında kişisel sorumluluğu, ilke olarak, ancak egemenlik gücünün kullanılmadığı; aksine özel hukuka ilişkin bir alanda hareket edildiği takdirde gündeme gelir (karş. BGH, NJW 2001, NJW Jahr 2001 Seite 2626 [NJW Jahr 2001 Seite 2629] = NVwZ 2001, NVWZ Jahr 2001 Seite 1193 L). İstinaf mahkemesi, davacı ile tedavi ilişkisinin (istisnai olarak) kamu hukuku tarafından düzenlenmiş olduğunu tespit etmemiş olduğundan, temyiz yolu bakımından davacının yararına olmak üzere -genel olarak yapıldığı gibi (karş. BGHZ 85, BGHZ Band 85 Seite 393 [BGHZ Band 85 Seite 395] = NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 1374; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 4. Aufl., A Rdnr. 22)- tedavi ilişkisinin özel hukukun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

b) Bu şartlar altında AY m. 34 uyarınca sorumluluğun nakledilmesi söz konusu olmazsa, istinaf mahkemesi, -temyiz başvurusunda haklı olarak ileri sürüldüğü gibi- davacının, ikinci davalıya karşı açmış olduğu davanın



### *Memuriyet Görevini İhlalden Dolayı Açılan Ve İhtiyari Dava Arkadaşlığının...*

reddine ilişkin karara karşı yaptığı istinaf başvurusunu, birinci davalının, yalnızca uyuşmazlık konusu olaya göre gündeme gelebilecek öteki tazminat imkanlarının mevcut olup olmadığı nihai olarak aydınlatılmadan, kısmi hükümle reddedemez. Fakat dava konusu olayda durum bu değildir. Çünkü istinaf mahkemesi, bu konu hakkında yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak istemiştir. Eğer istinaf mahkemesi diğer delilleri ikame ettikten sonra davalının sorumluluğunu reddetseydi, başka bir tazmin imkânı kalmazdı. Öyle ki, ikinci davalının kişisel sorumluluğu bağlamında, istinaf mahkemesinin görüş açısına göre de onun olayda kasıtlı bulunamaması olanaksız değildir. Bu ise tek başına kısmi hüküm verilmesinin caiz olmadığını göstermeye yetmektedir.

Eğer sadece bir memur hakkında görevini ihlal ettiği iddiasıyla AMK m. 839 uyarınca tazminat davası açılırsa ve başka bir tazmin imkânı olanaksız değilse, dava (şimdilik) temelsiz (haksız) olduğu gerekçesiyle reddedilebilir ise de aynı zarardan dolayı açılan görevden kaynaklanan tazminat davası, üçüncü bir kişiye karşı açılan başka bir dava ile bağlantılı ise ve onun tazminatla yükümlü olup olmadığı meselesi henüz karar verilmeye elverişli bir halde değil ise, görevden kaynaklı tazminat davası, ihtiyari dava arkadaşının tazminatla yükümlü olup olmadığının henüz aydınlığa kavuşturulmadığı gerekçesiyle kısmi hükümle reddedilemez. Çünkü ihtiyari dava arkadaşı hakkında açılan tazminat davası hakkındaki karar, kısmi hükümle karara bağlanacak olan memuriyet görevini ihlalden kaynaklanan tazminat davası bakımından ön sorun teşkil etmektedir (karş. BGHZ 120, BGHZ Band 120, 376 [380] = NJW 1993, 784 diğer gerekçelerle birlikte).

## **KISALTMALAR CETVELİ**

AMK	: Alman Medeni Kanunu
Anm.	: Anmerkung
Aufl.	: Auflage
AY	: Alman Federal Anayasası
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
FamRZ	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
karş.	: karşılaştırınız
LG	: Landgericht
m.w.Nachw.	: mit weiteren Nachweisen
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NVwZ	: Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NZI	: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	: Oberlandesgericht
Rdnr.	: Randnummer
s.	: siehe
Schriftltg.	: Schriftleitung.
VersR	: Versicherungsrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung