

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: IV

Sayı: 1

Bahar 2017



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Serdar Kale
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel
Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

Sayı Editörü

Arş. Gör. Mustafa Çattık

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Kampüsü
Kavacık Mah. Ekinciler Cad.
No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Karakuş İletişim Yapı San. ve Tic. Ltd. Şti
Ziya Gökalp Mah. Süleyman Demirel Bulvarı
Simpaş İş Modern A Blok 17-18 Numara
İkitelli - İstanbul

ISSN

2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut
Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Turan Yıldırım – Ömer Faruk Erol	5
Yasal Düzenlemeler Işığında Hava Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve İlk Türk Hava Hukuku Metni	
Selman Karakul	17
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - II	
Alaaddin Egemenoğlu	59
Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (TCK m. 106)	

ÖZEL HUKUK

Harun Demirbaş	103
Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi	
Seçkin Nazlı	123
Karar İncelemesi: Kanundan Doğan Çalışma Kıdem Tazminatı İlişkisi	
Ayşegül Sezgin Huysal	141
“Dumb Starbucks” ve ABD Hukukunda Adil Kullanım Doktrini	
Harun Eryiğit	161
Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanıp Atanamayacağı Sorunu	

KAMU HUKUKU

Yasal Düzenlemeler Işığında Hava Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve İlk Türk Hava Hukuku Metni*

Historical Development of Air Law in the Light of Legal Regulations and the First Turkish Air Law Text

Turan YILDIRIM** Ar. Gör. Ömer Faruk EROL***

ABSTRACT

The development of air law is in accordance with legal regulations as it is in every branch of law. In first stage, states around the world forbid aviation activity. After that, aviation activities were allowed and some states have begun to be active in aviation activities. Activities related to Turkish civil aviation and legal regulations for these activities will be explained.

Keywords: Administrative law, Air law, Civil aviation.

I. Genel Olarak Havacılığa İlk Yaklaşım

Uçabilmek, insanoğlunun hayallerinden biridir. Bu uçabilme isteğinin esin kaynağı ise tüy ve kanatlarıyla uçabilen kuşlar olduğu ifade edilmektedir.¹ İnsanoğlu özgür ve / veya farklı olabilmeyi belki de uçabilmekte bulmuş ve bunu gerçekleştirmek için uçma girişimlerinde bulunmuştur.

* Bumakale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan “İdarenin Sivil Havacılık Faaliyetleri” isimli doktora tezinden üretilmiştir. Makale gönderim tarihi: 17.03.2017. Makale kabul tarihi: 03.04.2017.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi. Yazar, bu çalışmaya doğrudan katkı sunmamış; Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin 28. maddesi gereği makalede ortak yazar olarak yer almıştır. İletişim: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Yerleşkesi, Selimiye Mh. Tıbbiye Caddesi No: 38 Haydarpaşa 34668 Üsküdar-İstanbul.

*** Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: erolomerfaruk@gmail.com.

1 R.G. Grant, *Flight: 100 Years of Aviation*, DK Publishing, New York, USA, 2007, s. 10.

Uçabilme girişimleri ya da bir başka söyleyişle ilk havacılık faaliyetleri, yöneticilerin takdir ve hayranlığını kazanmasına karşın korku ve endişe duymalarına neden olmuştur. Bu nedenle, yöneticiler, ilk uçuş denemelerine karşı emniyet saikiyle hareket ederek gerekli tedbirleri almış ve bu denemeleri “tehlikeli” adederek bundan doğabilecek zararları engelleme yoluna gitmiştir.²

Devletin havacılığa yaklaşımı ilk olarak menfi yönde olmuş, yapılan ilk yasal düzenlemeler havacılık faaliyetlerini teşvik etmek yerine kontrol altına almak yönünde olmuştur. Zaman içinde havacılık faaliyetlerinin ekonomi ve milli savunmadaki önemi anlaşılmış; devletler bu sefer teşvik edici düzenlemeler yapmıştır.³

Sivil havacılık faaliyetlerinin artması sonucunda, idarenin bu faaliyetleri düzenleyebilmesi ve denetleyebilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaç doğrultusunda yapılan havacılığa ilişkin ilk yasal düzenlemeler ise yasaklama yönünde olmuştur.

Yasaklama yönündeki ilk yasal düzenleme, Fransa’da yapılmıştır. 1784 yılında Paris Polis Müdürü Lenoir tarafından ruhsat almadan balonla havalanma yasaklanmış; 1819 yılında ise Polis Müdürü Angles, bir emirname ile balonlarda paraşüt bulundurulmasını ve hasat süresi bitmeden havalanmalarını düzenlemiştir.⁴

Fransa’daki balon faaliyetleri zamanla gelişmiş ve sınır aşan bir duruma gelmiştir. 1909 yılında Fransız havacısı Blériot’nun Mans’ı geçmesi üzerine İngiltere, “imparatorluğun emniyeti ve korunması” amacıyla “*Aerial Navigation Act*” kanununu yayımlayarak hava yoluyla seyahati sıkı kurallara tabi tutmuş ve kimi yerlerde ise yasaklamıştır.⁵

Yakın dönemlerde gerçekleşen bu faaliyetlerin yanı sıra tarihin hemen her döneminde ve tüm toplumlarda havacılık faaliyetine ve uçmaya çalışan insanlara ilişkin efsaneler ve maceracı insanlar tarafından uçuş girişimleri olduğu ifade edilmiştir.⁶

Osmanlı Devleti döneminde de benzer bir durum bulunmaktadır. Rivayete göre iki önemli havacı olan Hezarfen Ahmet Çelebi ve Lâgarî Hasan Çelebi, ilk defa havacılık faaliyetlerinde bulunmuştur.

2 Tahir Çağa, *Hava Hukuku Cild I: Genel*, Doğan Kardeş Matbaacılık, İstanbul, 1963, s. 16.

3 Çağa, s. 16.

4 Mazhar Nedim Göknil, *Hava Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951, s. 14.

5 Çağa, s. 17.

6 Detaylı bilgi için bakınız: Charles Harvard Gibbs-Smith, *A History of Flying*, London, 1953, s. 23 vd; Maurice John Bernard Davy, *Interpretive History of Flight*, His Majesty’s Stationery Office, London, 1937, s. 9 vd.

Hezarfen Ahmet Çelebi hakkında Evliya Çelebi'nin Seyahatnamesi'nde yer alan bilgiler şu şekildedir: “*Evvela, Okmeydanının minberi üzerinde, rüzgârın şiddetinden kartal kanatları ile sekiz, dokuz kere havada uçarak talim etmiştir. Sonra Sultan Murad Han Sarayburnu'nda Sinan Paşa Köşkü'nde seyrederken, Galata Kulesi'nin taa tepesinden lodos rüzgârı ile uçarak, Üsküdar'da Doğan-cılar meydanına inmiştir. Sonra Murad Han, kendisine bir kese altın ihsan ederek: “Bu adam pek korkulacak bir adamdır. Her ne isterse, elinden geliyor. Böyle kimselerin durması doğru değil.” diye Cezayir'e sürmüştür. Orada vefat eyledi.*”⁷

Lâgarî Hasan Çelebi hakkında Seyahatnamede yer alan bilgiler ise şu şekildedir: “*Murad Hanın Kaya Sultan adlı yıldız gibi temiz kızı doğduğu gece akika şenliği oldu. Bu Lâgarî Hasan, elli okka barut macunundan, yedi kollu bir fişenk icat etti. Sarayburnu'nda hünkâr huzurunda fişenge bindi. Talebeleri fişengi ateşlediler. Lâgarî: “Padişâhum Allaha ısmarladım. İsa nebî ile konuşmaya gidiyorum!” diyerek duâlar ederek göklere doğru çıktı. Yanında olan fişenkleri ateş edip deniz yüzünü aydınlattı. Gökkubbede büyük fişenklerin barutu kalmayıp da yere doğru inerken, ellerinde olan kartal kanatlarını açıp Sinan Paşa köşkü önünde denize indi. Oradan yüzerek çıplak olarak padişahın huzuruna geldi. Yeri öperek “Padişahım! İsa nebî sana selam eyledi.” diye şakaya başladı. Bir kese akça ihsan olunup yetmiş akça ile sipahi yazıldı: Sonra Kırım'da Selamet-Giray Hana gidip orada vefat eyledi. Rahmetli Yakın dostumdu. Allah rahmet eyleye.*”⁸

II. Türkiye'de Havacılığa Yaklaşım ve Yasal Düzenlemeler

İdare hukukunda kural yetkisizliktir⁹ ve idare yasal düzenlemeler ile yetkili olabilmektedir. Bu nedenle, kanunla yetkili kılınmadığı müddetçe idare herhangi bir işlem yapamaz.¹⁰ Kanuni idare ilkesi¹¹ olarak ortaya konulan bu kural gereğince, idarenin, havacılık faaliyetlerini düzenlemesi ve denetleyebilmesi için idari teşkilata ve kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyduğunu söyleyebiliriz.

Ülkemizdeki havacılığa ilk yaklaşım diğer ülkelerdeki gibi yasaklama yönün-

7 Zuhuri Danışman, Evliya Çelebi Seyahatnamesi, 1969, s. 335 Aktaran: Ülkü Çelik Şavk, *Sorularla Evliya Çelebi: İnsanlı Tarihine Yön Veren 20 Kişiden Biri*, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2011, s. 35.

8 Danışman, 1969, s. 335 Aktaran: Şavk, s. 37.

9 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2009, s. 117.

10 Turan Yıldırım, (Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy), *İdare Hukuku*, 6.bs., XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 435.

11 “Kanuni idare ilkesi iki boyut içermektedir. Birincisi, idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi, ikincisi ise idarenin görevlerinin kanunlarda gösterilmesidir.” Turan Yıldırım, *Türkiye'nin İdare Teşkilatı*, 2.bs., Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 3.

de olmuştur. Daha sonra yapılan yasal düzenlemeler ile idare bu faaliyeti yapan konuma geçmiştir. Bu açıdan bakıldığında, diğer devletlerin tutumlarıyla benzerlik bulunmaktadır. Türkiye'deki havacılığa ilişkin kanuni düzenlemeleri, tarihsel gelişimine göre kısaca inceleyeceğiz.

Türkiye'de hava hukukuna ait ilk yasal düzenlemenin 22 Mayıs 1330 tarihli **"Sefain-i Havaiyeye ait Menâtik-ı Memnua Nizamnamesi"** olduğu ifade edilmektedir.¹² 19 maddeden oluşan bu nizamnamede¹³, Memâliki Osmaniyeye hava yoluyla girmek isteyen yabancıların kendi devletinin onayladığı bir dilekçe ile mahalli Osmanlı elçiliğine veya konsolosluklarına vereceği; bu dilekçeye ek olarak uçuş aletinin, kendisinin ve diğer yabancıların fotoğraflarını ve uçuş aletinin cinsini, şeklini ve rengini de bildireceği; dilekçenin elçilik tarafından Hariciye Nezareti aracılığıyla Harbiye ve Bahriye Nezaretlerine gönderileceği ve bu iki nezaretin talebi inceleyeceği; izin verilmesi halinde yasak olan bölgelerin haritası ve uçuş aletinin izleyeceği rotanın belirtileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu rotadan beş kilometre uzakta bir yere inilmesi halinde yabancıların ve uçağın tutuklanacağı; seferberlik ilanından sonra ise hava yoluyla seyahatin yasak olduğu da belirtilmiştir.¹⁴

Hava hukukumuzda ait ikinci düzenleme ise, 9 Eylül 1341 (1925) tarih ve 2455 sayılı kararname ile kabul edilen **"Seyrüsefer-i Havai Talimatnamesi"**dir. 35 maddeden oluşan bu talimatname, daha çok hava amme hukukuna ilişkin düzenlemeler içermektedir.¹⁵ Talimatnamede yer alan bölümler şunlardır:¹⁶ 1) Hava Sınırları ve Yasak Bölgeler, 2) Uçma Hakkı, Hava Yolları ve Uçak Kapıları, 3) Askeri Olan ve Olmayan Hava Gemilerine İlişkin Kurallar, 4) Boğazlar Bölgesi, 5) Uçak Alanları, İniş ve Kalkış, 6) Fennî Emniyet Belgeleri ile Siyasi, İdari ve Ticari Belgeler.¹⁷

Türkiye, 24 Temmuz 1923 tarihinde imzaladığı Lozan Barış Antlaşması'nın 100. maddesi ile 1919 Paris Sözleşmesi'ne katılmayı kabul etmiştir. Antlaşmanın 100. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: *"Türkiye atide tadat olunan Mukavelename veya İtilâfnamelere iltihak veya onları tasdik eylemeği taahhüt eyleyler:*

12 Çağa, s. 64. Öte yandan, Cemil Bilsel, *Milletlerarası Hava Hukuku: Cilt 1*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948, s. 36; ve Mazhar Nedim Göknil, *Hava Hukuku Notları*, İbrahim Horoz Basımevi, İstanbul, 1947, s. 107.'de söz konusu nizamnamenin tarihi 24 Mayıs 1330 olarak belirtilmiştir.

13 1924 Teşkilât-ı Esâsiyye Kanûnu'nun 52. maddesinde nizamnamelere ilişkin düzenleme yer almaktadır. Nizamnamelerin hukuki niteliği ve tâbi olduğu hukuki rejim hakkında detaylı inceleme için bkz: Ali Fuat Bağgil, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu Ve Nizamnamelerin Mahiyeti Ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejîm*, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939.

14 Çağa, s. 64; Bilsel, s. 37.

15 Çağa, s. 65.

16 Bilsel, s. 33.

17 Seyrüsefer-i Havai Talimatnamesi tam metni için bakınız: Göknil, *Hava Hukuku Notları*, s. 102 vd.

... 13- 1 Mayıs 1920 tarihli Protokol ahkâmını tatbikan vaziyeti coğrafiyesinin iktiza ettirdiği tadilâta, Türkiye nail olduğunu gördüğü takdirde seyahati havaiyenin tanzimine dair olan 13 teşrinievel 1919 tarihli Mukavelename".¹⁸ 1925 Seyrüsefer-i Havai Talimatnamesinin 1919 Paris Sözleşmesinin genel hükümlerine göre yapılması¹⁹ ve talimatnamenin içeriğinin Paris Sözleşmesi ile benzer yönde düzenlenmeler içermesi nedeniyle²⁰ talimatname ile sözleşmeye fiilen katıldığı ifade edilmektedir.²¹

Hava hukukumuzda ait ilk kanun²² ise 20 Mayıs 1933 tarih ve 2186 sayılı "**Hava Yolları Devlet İşletme İdaresi Teşkilatı Hakkında Kanun**"dur.²³ Daha sonra bu kanunun mülga eden 3 Haziran 1938 tarih ve 3424 sayılı "**Devlet Havayolları Umum Müdürlüğü Teşkilât Kanunu**"²⁴ yapılmıştır.

Havacılıkla ilgili merkezi idarede teşkilatlanmanın seyrine ilişkin yasal düzenlemeler ise şu şekildedir: 2251 sayılı kanunla İktisat Vekâletinde "Deniz ve Hava İşleri Müsteşarlığı" kurulmuş, daha sonra bu düzenleme 2450 sayılı kanunla değiştirilerek yine aynı bakanlık teşkilatı içinde "Hava Ticaret İşleri Müdürlüğü" kurulmuştur. Nihayet 27 Mayıs 1939 tarih ve 3613 sayılı "**Münakalât Vekâleti Teşkilat ve Vazifelerine Dair Kanun**"²⁵ ile Münakalât Vekâleti bünyesinde "Hava Yolları Umum Müdürlüğü" ihdas edilmiştir. Ancak 1939 yılında havacılık işlerinin niteliğine uygun bir bakanlık bünyesinde teşkilat kurularak düzenlendiğini söyleyebiliriz.²⁶

1954 – 1956 yılları arasında, Devlet, sivil havacılık faaliyetlerinde niteliği gereği ayrıma giderek ve idari teşkilatları ayrı ayrı düzenlemiştir:

10 Mart 1954 tarih ve 6382 sayılı Kanunla²⁷ Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde "Sivil Havacılık Dairesi Başkanlığı" ihdas edilmiştir.

18 Düstur: Üçüncü Tertip, Cilt 5: 11 Ağustos 1339 – 19 Teşrinievel 1340, Necmi İstikbal Matbaası, İstanbul, 1931, s.100 vd. (<http://www.ttk.gov.tr/templates/resimler/File/ktpbelge/antlasmalar/lozan/lozan62-111.pdf>) (Erişim Tarihi: 21.04.2014).

19 Bilsel, s. 33.

20 Reşat Volkan Günel, "Açık Semalar" Antlaşmaları Sürecinde Uluslararası Havacılık Hukuku (Eleştirel Yaklaşım), Beta Basım Yayım, İstanbul, 2010, s. 210.

21 Göknil, *Hava Hukuku Notları*, s. 52. Yazar tarafından kullanılan "fiilen katılma" ifadesini, Paris Sözleşmesi'nde düzenlenen hükümlerin, yasal düzenleme yapılarak fiilen uygulamaya geçirilmesi olarak anlamlandırabiliriz.

22 Çağa, s. 68.

23 27 Mayıs 1933 tarih ve 2411 sayılı Resmi Gazete.

24 14 Haziran 1933 tarih ve 3933 sayılı Resmi Gazete.

25 31 Mayıs 1939 tarih ve 4220 sayılı Resmi Gazete.

26 Çağa, s. 70.

27 Ulaştırma Vekâleti Görevleri ve Kuruluşu Hakkındaki 4770 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, 20 Mart 1954 tarih ve 8663 sayılı Resmi Gazete.

21 Mayıs 1955 tarih ve 6623 sayılı “**Türk Havayolları Anonim Ortaklığı Kanunu**”²⁸ ile hükümete yetki verilmiş ve Bakanlar Kurulunun 20 Şubat 1956 tarih ve 4/6742 sayılı kararnamesi²⁹ ile “Türk Havayolları Anonim Ortaklığı” kurulmuştur.

28 Şubat 1956 tarih ve 6686 sayılı “**Devlet Hava Meydanları İşletmesi Umum Müdürlüğü Teşkilât ve Vazifeleri hakkında Kanun**”^{u30} ile “Devlet Hava Meydanları İşletmesi Umum Müdürlüğü” kurulmuştur. Hem niteliğine göre işletmecilik faaliyetlerinin hem de diğer sivil havacılık faaliyetlerinin (hava taşımacılığı, havaalanı işletmeciliği, sektörün düzenlenmesi ve denetlenmesi vb.) birbirinden ayrılması bu dönemde gerçekleşmiştir.

14.10.1983 yılında kabul edilen 2920 sayılı “**Türk Sivil Havacılık Kanunu**”³¹ ile sivil havacılıkta yeni bir döneme geçilmiştir. Uluslararası anlaşmalar ile genel çerçevesi çizilmeye çalışılan Türk Sivil Havacılığının artık ayrı ve müstakil bir kanunu olmuştur.

2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunununla getirilen önemli yenilikler, sivil havacılık piyasasını özel teşebbüse açılması, özel havayolu şirketlerinin kurulması ve faaliyet göstermesine izin verilmesidir.³² Fakat bu iznin uygulamaya geçmesi, pratikte anlam kazanması tam 20 sene sonra olabilmıştır. 2003 yılında Türk özel havayolu şirketlerine iç hatlarda faaliyet gösterme izni veren uygulama başlamıştır.³³

Son olarak, 2005 yılında artan sivil havacılık faaliyetlerinin niteliğine uygun bir düzenleme yapılmıştır. 10.11.2005 tarih ve 5431 sayılı “**Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun**”³⁴ ile Ulaştırma Bakanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Böylece Türk sivil havacılığında yeni bir döneme geçilmiştir.

28 31 Mayıs 1955 tarih ve 9016 sayılı Resmi Gazete.

29 “6623 sayılı kanunu n vermiş olduğu salâhiyete istinaden he r nevi hav a nakliyatı ve buna müteferri işleri yapmak ve merkezi Ankara’da olmak üzere (60.000.000 - altmış milyon) Türk lirası sermaye ile kurulmasına başlanan «Türk Havayolları Anonim Ortaklığı» nun Maliye Vekâletinin 15/2/1956 tarihli v e 5222-24/6591 sayılı yazısıyla gönderilen ilişik Esas MukaveleNamesi İcra Vekilleri Heyetince 20/2/1956 tarihinde tetkik edilerek, mezkûr kanunun 18’inci maddesi gereğince tasdiki kararlaştırılmıştır.” 01 Mart 1956 tarih ve 9247 sayılı Resmi Gazete.

30 01 Mart 1956 tarih ve 9247 sayılı Resmi Gazete.

31 19 Ekim 1983 tarih ve 18196 sayılı Resmi Gazete.

32 Vildan Korul and Hatice Küçükönel, “Türk Sivil Havacılık Sisteminin Yapısal Analizi,” *Ege Akademik Bakış Dergisi*, 3, No. 1, 2003, s. 25.

33 Günel, s. 236.

34 18 Kasım 2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazete.

Devletin başta “tehlikeli teşebbüsten gelebilecek zararları önlemek” ve “yasak bölgeleri belirlemek” amacıyla yasal düzenleme yaptığı sivil havacılık; devletlerin havacılık faaliyetlerinin ekonomik ve politik sahadaki önemini ve etkisini kavramalarıyla teşvik ve himaye edilen bir aşamaya geçmiştir.³⁵ Günümüzde, ayrı bir sivil havacılık kanunu olan ve kamu tüzel kişiliğini haiz sivil havacılık otoritesi tarafından piyasanın regüle edildiği konuma gelinmiştir. Başta devletin gösterdiği yasaklama yerini, devletin - idarenin faaliyetleri yürüttüğü bir düzene bırakmış ve nihayet idare piyasayı regüle eden ve destekleyen konuma geçmiştir.

Tüm bu yasal gelişmelerin ilki niteliğini taşıyan, devletin havacılık faaliyetine ilk tepkisi niteliğinde olan **Sefâin-i Havâiyeye Aid Menâtik-ı Memnûa Nizannamesi**, Türk hava hukuku çalışmalarında önemli bir konuma sahiptir. Devletin sivil havacılık politikasının değişmesi ve gelişmesine ilişkin yapılan çalışmalarda bu nizamnamenin ayrıca incelenmesinin gerekli olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle, nizamnamenin Latin harfleri ile transkripsiyonunun yapılmasının, sivil havacılık politikalarına ve hava hukukuna dair çalışmalara katkı sağlayacağı düşünülmüştür.

III. Sefâin-i Havâiyeye Aid Menâtik-ı Memnûa Nizannamesinin Latin Harfleri ile Transkripsiyonu³⁶

Numro 328 – Sefâin-i havâiyeye aid menâtik-ı memnûa nizannamesidir

12 Receb 1332 24 Mayıs 1330

(Takvim-i vekayi ile neşr ve ilanı: 20 Receb 1332 1 Haziran 1330 – Numro 1847)

Madde: 1 Memâlik-i Osmaniyeye tark-ı havâiye ile dâhil olmak isteyen her seyyah beruce âti şerâiti tamâmiyle icraya mecburdur.

Madde: 2 Menâtik-ı memnûa ve ğayr-i memnûanın 1/ 3.000.000 mikyasında bir harita-i mahsusası irâe idilmiştir.

Madde: 3 Tark-ı havâiye ile memalik-i Osmaniyeye girmek isteyen asker ve sivil her seyyah seyahate mübaşeretden mukaddem mensub olduğu hükümetin tasdikine iktirân eylemiş istidâsını sefârât-ı Osmaniyeye veya Osmanlı şehbenderliklerine takdim idecekdir.

Madde: 4 Seyyah işbu istidasına alet-i tayerânı ile rüfekasının ve kendisinin fotoğraflarını rabt idecekdir.

Madde: 5 Bir yanlışlığa meydan virilmemek için seyyah alet-i tayeranın

35 Çağa, s. 11.

36 Transkripsiyon çalışmalarında yardımlarından dolayı McGill Üniversitesi Tarih Bölümü Doktora Öğrencisi Yusuf Ziya Karabıçak'a teşekkür ederim.

cins ve şeklini ve rengini istidasında açık olarak beyan idecektir.

Madde: 6 Hükümet-i Osmaniye'nin hariciye memuru (sefir, şehbender... ilh.) işbu istidayı hariciye nezaretine gönderecektir.

Madde: 7 Hariciye nezareti işbu istida ile vesaike harbiye ve bahriye nezaretine irsal eyleyecektir.

Madde: 8 Vesaikin netice-i tedkikatına göre harbiye ve bahriye nezaretinden istihsal-i mezuniyete muvaffak olan seyyaha memalik-i Osmaniye'nin menâlık-ı memnûa ve ğayr-i memnûasını musavver bir kıt'a harita hariciye nezareti vasıtasıyla irsal idilecektir.

Madde: 9 İşbu haritada seyyahın takib ideceği güzergâh kırmızı mürekkebe ile çizilmiş bulunacaktır.

Madde: 10 Seyyahın takib ideceği güzergâh üzerindeki bi'l-cümle memurin-i mülkiye ve askeriye seyahatden haberdar idilecektir.

Madde: 11 Seyyah harita üzerinde kırmızı mürekkebe ile resm olunan güzergâhı takibe mecburdur. Bunun haricine çıkararak güzergâhdan beş kilometre uzakda bir mahalle konan ("atrisaj", "amrisaj") iden her pilot (tayyare ve balon süvarisi) ve refiki ve alet-i tayeranı tevkif edilir ve alet-i tayeran hüsn-i suretle muhafaza olunur.

Madde: 12 Güzergâhın üzerine konan her seyyaha memurin-i mülkiye ve askeriye tarafından teshilat-ı lazıme irâe olunacaktır.

Madde: 13 Tesirat-ı havaiyye (kar, yağmur, sis)den dolayı menâlık-ı memnûaya takarrüb iden alet-i tayeran üzerine ateş edilmez fakat yere iner inme aleti alınır ve kendisi tahte'l-hıfz en yakın yoldan ve en yakın mevki kumandanına gözleri bağlı olduğu halde teslim edilir.

Madde: 14 Tesirat-ı havaiyyenin tahtında olmayub ihtiyarı ile veya bir maksad-ı hafi ile menâlık-ı memnûaya takarrüb iden her alet-i tayeran üzerine ateş edilir ve yere indiği takdirde alet-i tayeran derhal müsadere edilir ve süvarileri en yakın mevki kumandanına gözleri bağlı olduğu halde teslim edilerek habs olunur.

Madde: 15 Seyahat-ı havaiye maksadıyla menâlık-ı memnûa haricinde her nereye nüzul iderse seyyah mevki kumandanlığından müsaade istihsal itmedikçe kırk sekiz saatden fazla orada kalmaz. Şayed alete veya süvarisine bir sakatlık ârız olmuş ise tamirine kadar müsaade olunur ve bade't-tamir hava müsaid olduğu takdirde yoluna devam itdirilir.

Madde: 16 Menâlık-ı memnûa dâhilinden ancak harbiye ve bahriye nazırının müsaadesiyle geçilebilir.

Madde: 17 Seferberlik ilanından hal-i sulhün iadesine kadar memalik-i Osmaniye dâhiline seyahat-ı havaiye icrası memnudur. Binaen aleyh görülecek her tayyare düşmen tayyaresi zannıyla üzerine ateş idilir.

Madde: 18 İşbu nizamname tarih-i neşrinden muteberdir.

Madde: 19 İşbu nizamnamenin icra-yı ahkâmına harbiye ve bahriye ve hari-ciye nazırları memurdur.

İşbu nizamnamenin mevki-i mer'iyete vaz'ının ve nizamat-ı devlete ilavesini irade eyledim.

12 Receb 1332 24 Mayıs 1330

Mehmed Reşad

Dahiliye Nazırı Talat

Harbiye Nazırı Enver

Şeyhülislam ve Evkaf-ı Hümayun Nazırı Hayri

Sadrazam ve Hariciye Nazırı Mehmed Said

Nafia Nazırı Mahmud

Maliye Nazırı Cavid

Bahriye Nazırı Ahmed Cemal

Adliye Nazırı ve Şura-yı Devlet Reis Vekili İbrahim

Posta ve Telgraf ve Telefon Nazırı Oskan

Maarif Nazırı Ahmed Şükrü

Ticaret ve Ziraat Nazırı Süleyman el-Bostani

IV. Sefâin-i Havâiyeye Aid Menâtık-ı Memnûa Nizamnamesinin Güncel Türkçe Çevirisi

Numara 328 – Sefâin-i havâiyeye aid menâtık-ı memnûa nizamnamesi

12 Receb 1332 24 Mayıs 1330

(Taksim-i vekayi ile yayın ve ilanı: 20 Receb 1332 1 Haziran 1330 – Numara 1847)

Madde 1: Osmanlı memleketine, hava yolu ile girmek isteyen her seyyah, aşağıdaki şartları tamamını icraya mecburdur.

Madde 2: Yasak ve yasak olmayan bölgeler, 1/3.000.000 ölçeğinde hususi bir haritada gösterilmiştir.

Madde 3: Hava yolu ile Osmanlı memleketine girmek isteyen asker ve sivil her seyyah, seyahate başlamadan önce mensup olduğu hükümetinin onayına sunduğu dilekçeyi sonrasında Osmanlı Büyükelçiliklerine veya Osmanlı Konso-losluklarına sunmalıdır.

Madde 4: Seyyah, dilekçesine uçuş aletinin, yol arkadaşlarının ve kendisinin fotoğraflarını ekleyecektir.

Madde 5: Bir yanlışlığa meydan vermemek için, seyyah, uçuş aletinin cins ve şeklini ve rengini dilekçesinde açıkça beyan edecektir.

Madde 6: Osmanlı Devleti'nin hariciye memuru (Elçi, konsolos vb.) söz konusu dilekçeyi Dışişleri Bakanlığına gönderecektir.

Madde 7: Dışişleri Bakanlığı, söz konusu dilekçeyi ve belgelerini Harp Bakanlığı ile Deniz Bakanlığına havale edecektir.

Madde 8: Belgelerin incelenmesi neticesine göre Harp ve Deniz Bakanlığın-dan izin alan seyyaha, Osmanlı memleketinin yasak ve yasak olmayan bölgeleri resmeden bir parça harita, Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla havale edilecektir.

Madde 9: Söz konusu haritada, yolcunun takip edeceği güzergâh kırmızı mürekkep ile çizilmiş olacaktır.

Madde 10: Seyyahın takip edeceği güzergâh üzerindeki tüm kamu görevlileri ve asker seyahatten haberdar edilecektir.

Madde 11: Seyyah, harita üzerinde kırmızı mürekkep ile çizilen güzergâhı takip etmeye mecburdur. Bunun haricine çıkarak, güzergâhtan beş kilometre uzakta bir yere inen her uçak ve balon pilotu ve yol arkadaşları ve uçuş aleti tutuklanır ve uçuş aleti en iyi biçimde muhafaza altına alınır.

Madde 12: Güzergâhın üzerine inen her seyyaha, kamu görevlileri ve asker tarafından gerekli kolaylık sağlanacaktır.

Madde 13: Hava durumundan (kar, yağmur, sis) dolayı yasak bölgelere yaklaşan uçuş aletine ateş edilmez, fakat yere iner inmez aleti alınır ve kendisi muhafaza altında en yakın yoldan ve en yakın yer kumandanına gözleri bağlı halde teslim edilir.

Madde 14: Hava durumu altında olmayıp iradesi ile veya gizli bir amaç ile yasak bölgelere yaklaşan her uçuş aletine ateş edilir ve yere indiği takdirde uçuş aletine derhal el koyulur ve uçuş ekibi en yakın yer kumandanına gözleri bağlı halde teslim edilerek hapsedilir.

Madde 15: Hava yolculuğu amacıyla yasak bölgeler haricinde her nereye inerse, seyyah o yer kumandanlığından izin almadıkça 48 saatten fazla orada kalmaz. Şayet uçuş aletinde veya ekipte bir sakatlık ortaya çıkmışsa tamir edilene kadar izin verilir ve tamir sonrasında hava elverişli olduğu takdirde yoluna devam ettirilir.

Madde 16: Yasak bölgelerden ancak Harp ve Deniz Bakanlıklarının izniyle geçilebilir.

Madde 17: Seferberlik ilanından barış ortamına kadar Osmanlı memleketinde hava yolculuğu yasaktır. Bundan dolayı, görülecek her uçağa, düşman uçağı kabul edilerek ateş edilecektir.

Madde 18: Söz konusu nizamname yayınlandığı tarihte yürürlüğe girer.

Madde 19: Söz konusu nizamnamenin yürütülmesinden Harp, Deniz ve Dışişleri Bakanları görevlidir.

V. Sefâin-i Havâiyeye Aid Menâtık-ı Memnûa Nizannamesinin Değerlendirilmesi

Genel olarak nizamname, Osmanlı Devleti üzerinden seyahat edecek olan yabancıların uyması gereken kurallara ilişkindir. Osmanlı Devleti içinden, yurt dışına seyahat edecek kimse veya yurt içinde bir noktadan diğerine seyahat edecek kimseye ilişkin ayrı bir düzenleme öngörülmemiştir.

Nizamnamede, Osmanlı Devleti'nde uçuşa yasak olan ve olmayan bölgeler belirtilmek suretiyle, yolculuk esnasında takip edilecek rotanın idare tarafından belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu yaklaşım göstermektedir ki, milli güvenlik öncelik olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yasak bölgelerden uçuşun gerçekleştirilmemesi gerektiği, mücbir sebep olmaksızın yasak bölgede uçulması durumunda ateş edilerek uçuşun sonlandırılacağı açıkça düzenlenmiştir.

Uçuşu gerçekleştirecek uçağın, yolcu ve kabin ekibinin önceden bilgileri istenilmektedir. Böylelikle hem bu kişiler hakkında tahkikat yapılabilecek hem de gerçekten beyan edilen kişilerin uçuşu gerçekleştirip gerçekleştirmediği tespit edilebilecektir.

Nizamnamede, uçuş emniyetine ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığını görmekteyiz. Uçağın uçuşa elverişliliği, pilotun uçuşu gerçekleştirmeye ehil olup olmadığı yönünden bir inceleme yapılmamaktadır. Sadece uçuşun başlayacağı yerdeki devletten uçuşa ilişkin izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bu iznin uçuşa emniyetine ilişkin değil, uçuş faaliyetinin gerçekleştirilmesine ilişkin olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, nizamnamenin doğrudan bir yasaklama mantığıyla düzenlenmediğini söyleyebiliriz. Uçuş faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli kolaylıkların sağlanması amaçlanmış, fakat milli güvenliğe ilişkin gerekli tedbirler ise ön plana alınmıştır.

KAYNAKLAR

- Başgil, Ali Fuat, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu Ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejim*, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939.
- Bilsel, Cemil. *Milletlerarası Hava Hukuku: Cilt 1*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948.
- Çağa, Tahir. *Hava Hukuku Cild I: Genel*, Doğan Kardeş Matbaacılık, İstanbul, 1963.
- Davy, Maurice John Bernard. *Interpretive History of Flight*, His Majesty's Stationery Office, London, 1937.
- Gibbs-Smith, Charles Harvard. *A History of Flying*, London Batsford, 1953.
- Göknıl, Mazhar Nedim. *Hava Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951.
- Göknıl, Mazhar Nedim. *Hava Hukuku Notları*, İbrahim Horoz Basımevi, İstanbul, 1947.
- Günel, Reşat Volkan. "Açık Semalar" Antlaşmaları Sürecinde Uluslararası Havacılık Hukuku (Eleştirel Yaklaşım), Beta Basım Yayım, İstanbul, 2010.
- Korul, Vildan, and Hatice Küçükönel. "Türk Sivil Havacılık Sisteminin Yapısal Analizi." *Ege Akademik Bakış Dergisi*, 3, no. 1, 2003, sa. 24-38.
- Şavk, Ülkü Çelik. *Sorularla Evliya Çelebi: İnsanlı Tarihine Yön Veren 20 Kişiden Biri*, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2011.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- Yıldırım, Turan. *Türkiye'nin İdare Teşkilatı*, 2. bs., Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999.
- Yıldırım, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, 6. bs., İstanbul, 2015.

ÖZ

Hava hukukunun gelişimi, her hukuk dalında olduğu gibi yasal düzenlemeler ile olmaktadır. Tüm dünyada devletlerin havacılığa yaklaşımı ilk aşamada yasaklama yönünde olmuştur. Sonrasında havacılık faaliyetlerine izin verilmiş ve kimi devletler havacılık faaliyetlerinde etkin olmaya başlamıştır. Bu doğrultuda, Türk sivil havacılığına ilişkin ilk faaliyetler ve bu faaliyetlere yönelik yasal düzenlemeler çalışmamızda incelenecektir.

Anahtar kelimeler: İdare hukuku, Hava hukuku, Sivil havacılık.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - II*

The Right to Health in the Case-Law of the
European Court of Human Rights - II

Selman KARAKUL**

ABSTRACT

This paper is the second part of a two-part study concerning the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court) on the right to health and health-related issues in connection with the rights protected under the European Convention on Human Rights (ECHR or the Convention) and its additional Protocols. Although the case-law of the ECtHR to date has been far from establishing a theoretical basis for the right to health and health-related issues under the Convention, it still remains the most effective tool for promoting the right to health in international human rights law. In the predecessor paper to this one, the general issues with regard to health and treatment services, privacy, protection of and access to personal data relating to medical and health conditions and lastly the health related issues concerning vulnerable groups in the light of ECtHR jurisprudence were analysed. This paper intends to examine the remaining issues concerning the right to health and health-related issues in the case-law of the ECtHR under the three main headings of the equality and prohibition of discrimination in health services, health and environment and bioethical issues.

Keywords: Right to health, health-related rights, positive obligations, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

Giriş

Sağlık hakkının normatif kaynakları, bu hakkın kapsam ve içeriğinin çok boyutlu olduğunu, hakkın sağladığı korumanın ve devletlere yüklediği negatif ve pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde tıbbi, ekonomik, etik, kültürel, psiko-

* Makale gönderim tarihi: 18.05.2017. Makale kabul tarihi: 21.06.2017.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

lojik, sosyal ve hukuki unsurların birlikte ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Sağlık hakkını 1946 yılında uluslararası alanda temel bir insan hakkı olarak kabul eden Dünya Sağlık Örgütü kurucu antlaşmasının (anayasasının) başlangıcında, sağlık hakkıyla korunan değer ve koruma esaslarının belirlenmesinde sağlık hakkının çok boyutlu niteliğinin göz önüne alındığı görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü kurucu antlaşmasının başlangıcında; ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanmanın ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik ve sosyal koşulları yönünden ayırım yapılmaksızın her insanın temel haklarından biri olduğu belirtilmektedir. Ayrıca tüm halkların sağlığının, barış ve güvenliğin sağlanmasının temelini oluşturduğu ve bunun gerçekleşmesinin bireyler ve devletlerin tam bir iş birliğine dayalı olduğu vurgulanmaktadır.¹ Birleşmiş Milletler ve bölgesel örgütler nezdinde kabul edilen genel kapsamlı veya tematik birçok insan hakları belgesinde esas alınan “ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanma” ifadesi, sağlık hakkının farklı derecelerde gerçekleşebileceğini kabul etmekle birlikte, sağlığın sürekli geliştirilmesi gereken dinamik bir süreç olduğunu da ortaya koymaktadır. Ayrıca insanlar arasında ayrımcılık temeli oluşturabilen farklılıkların, dezavantajlı ve incinebilir grupları sağlık hakkından yararlanmada mağdur duruma düşürmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle sağlık hakkının korunmasında ayrımcılık yasağı ve eşitliğin sağlanması ön plana çıkmakta, dezavantajlı ve incinebilir gruplarla ilgili insan hakları belgelerinde sağlık hakkı veya sağlıkla ilgili hakların korunması özel önem kazanmaktadır. Diğer bir husus ise gelişmişlik farklılıklarına rağmen, tüm halkların sağlığının korunmasının barış ve güvenliğin temelini oluşturması ve bunun gerçekleşebilmesi için bireyler ve devletler arasında tam bir iş birliğinin sağlanmasının zorunlu olmasıdır. Tüm halkların ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanması, sağlık alanında uluslararası iş birliğini gerektirdiği gibi, küresel ve bölgesel barış ve güvenliğin sağlanması için sağlığın öneminin -henüz dayanışma hakları kavramsallaştırılmadan önce²- sağlık hakkıyla bağlantılı olarak gündeme geldiğini göstermektedir.

Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının niteliği ve kapsamına açıklık getirdiği, ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardı hakkıyla ilgili 14 No.lu Genel Yoru-

1 World Health Organization, “Constitution of the World Health Organization”, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (26 Kasım 2016).

2 Bkz. Karel Vasak, “A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *The Unesco Courier*, 30, 10, (1977), s. 29-32; Burns H. Weston, “Human Rights: Concept and Content”, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, Richard Pierre Claude ve Burns H. Weston (Ed.), Philadelphia (2006), University of Pennsylvania Press, s. 21-23.

munda, sağlık hakkının -diğer insan hakları gibi- saygı duyma (ya da kaçınma), koruma ve yerine getirme (gerçekleştirme) olmak üzere taraf devletlere üç türde ya da düzeyde yükümlülük getirdiği kabul edilmektedir. Saygı duyma yükümlülüğü devletlerin doğrudan veya dolaylı olarak bireylerin sağlık hakkından yararlanılmasına müdahale etmekten kaçınmasını gerektirmektedir. Koruma yükümlülüğü, üçüncü şahısların sağlık hakkından yararlanılmasına yönelik müdahalelerinin önlenmesi amacıyla devletlerin gerekli tedbirleri almasını zorunlu kılmaktadır. Yerine getirme yükümlülüğü ise devletlerin sağlık hakkının tüm boyutlarıyla hayata geçirilebilmesi için uygun yasal, idari, mali, yargısal, destekleyici ve diğer tedbirleri almasını öngörmektedir. Diğer yandan 14 No.lu Genel Yorumda, sağlık hakkının taraf devletlerin icrai veya ihmali davranışlarıyla ihlal edileceği durumlar, devletlerin üç temel yükümlülüğü göz önüne alınarak; saygı duyma yükümlülüğüne, koruma yükümlülüğüne ve yerine getirme yükümlülüğüne yönelik ihlaller olarak üç başlık altında incelenmektedir.³ 14 No.lu Genel Yorumda açıklığa kavuşturulan yükümlülükler, sosyal bir hak olması nedeniyle yalnızca sağlık hakkına özgü olmayıp, kişisel, siyasal, sosyal, ekonomik veya kültürel tüm hak kategorileri için mevcut olan yükümlülüklerin sağlık hakkına uyarlanması niteliğindedir. Geleneksel olarak sosyal haklar kategorisinde kabul edilen sağlık hakkının, kişisel hak ve özgürlüklerden ayrı değerlendirilememesi nedeniyle, sağlıkla ilgili sorunlar, esasen kişisel hak ve özgürlükleri güvenceye almakla görevlendirilen uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmalarının rapor ve kararlarına konu olmaktadır. Genel kapsamlı veya tematik uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde güvenceye alınan hak ve özgürlükler çerçevesinde, insan haklarını koruma mekanizmalarının hazırladığı raporlarda ve verdiği kararlarda, doğrudan veya dolaylı olarak sağlık hakkının farklı boyutlarıyla ele alındığı görülmektedir.⁴

Sağlık hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ve Sözleşme'ye Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlükler arasında bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme), toplumsal değişimleri dikkate alan, gelişime açık ve dinamik bir yorum yöntemi benimseyerek,⁵ sağlık hakkı ya da sağlıkla ilgili başvuruları

3 Bkz. Office of the High Commissioner for Human Rights, "CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)", <http://www.refworld.org/pdfid/4538838do.pdf> (26 Kasım 2016).

4 Örneğin; bkz. Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, *S. V. P. / Bulgaristan (31/2011)*, 12 Ekim 2012, § 9.10 ve *González Carreño / İspanya (47/2012)*, 16 Temmuz 2014, §§ 9.3-9.4; Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi, Sırbistan: 2015 Ziyareti, *CPT/Inf (2016) 21*, 24 Haziran 2016, §§ 173-175 ve Moldova: 2015 Ziyareti, *CPT/Inf (2016) 16*, 5 Nisan 2016 §§ 166-175.

5 Bkz. Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg (2000), Council of Europe Publishing, s. 19.

Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğu ölçüde esas yönünden incelemektedir. Sağlık hakkı veya sağlıkla ilgili başvurular yaşam hakkı; işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı; kişi özgürlüğü ve güvenliği; adil yargılanma hakkı; özel ve aile hayatına saygı hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; ifade özgürlüğü; toplantı ve dernek kurma özgürlüğü; etkili başvuru hakkı; (AİHS ve Ek Protokollerde düzenlenen haklarla bağlantılı) ayrımcılık yasağı; serbest dolaşım özgürlüğü; yabancıların sınırdışı edilmelerine yönelik usulî güvenceler ve genel ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak sağlıkla ilgili insan hakları sorunları çok ve çeşitli olduğundan, AİHS'nin kişisel hak ve özgürlükleri esas alan klasik sistematigi, Sözleşme organlarının sağlıkla ilgili kararlarının incelenmesinde elverişli bir yöntem değildir. Bu nedenle AİHM'nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili kararları incelenirken, AİHS sistematiginden ayrılarak, başvuruya konu olay ve şikâyetlerin niteliğinin ve bu kapsamda Mahkeme'nin tespit ve değerlendirmelerinin dikkate alınması daha uygun görünmektedir.⁶

AİHM kararları çerçevesinde sağlık hakkını ele alan bu çalışmanın daha önce yayımlanan birinci bölümünde sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar olarak yeterli sağlık bakımı alma hakkı, sağlık çalışanlarının sorumluluğu, zorla tıbbi müdahale ve sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkı (1); gizlilik, kişisel verilerin korunması ve kişisel tıbbi kayıtlara erişim (2); korunmaya muhtaç grupların sağlık sorunları kapsamında engelli ve göçmenlerin sağlık haklarıyla ilgili sorunların yanı sıra tutuklu ve hükümlülerin sağlıkla ilgili hakları (3) ele alınmıştır.⁷ Söz konusu makalenin devamı niteliğindeki bu çalışmada ise birinci bölümde AİHM kararları çerçevesinde sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağına değinilmektedir. İkinci bölümde AİHM'nin çevreyle ilgili sağlık sorunlarına yaklaşımı üzerinde durulmaktadır. Üçüncü ve son bölümde ise deneysel tedavi ve ilaçlara erişim, kürtaj, taşıyıcı annelik, doku ve organ nakli ile ölme hakkı gibi biyoetik ile ilgili konular, AİHM önüne gelen başvurular çerçevesinde incelenmektedir.

I. AİHM Kararları Çerçevesinde Sağlıkta Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

AİHS'nin, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesi ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi AİHS ve Ek Protokollerde tanınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve AİHM kararlarında açıklığa kavuşturulduğu üzere, AİHS'nin 14. maddesi, iç hukukta tanınan hak ve özgürlüklerin tamamını kapsayacak biçimde, genel

6 Bkz. Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 2, (2016), sa. 169 – 206, s. 174.

7 Bkz. Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I", s. 169-206.

ayrımcılık yasağına karşı değil, yalnızca AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı ayrımcı eylem ve işlemlere karşı getirilen bir güvence niteliğindedir. Bu nedenle AİHM, ayrımcılık yasağıyla ilgili iddialar içeren başvuruları bağımsız ve soyut olarak yalnızca 14. madde kapsamında incelememekte, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak değerlendirmektedir.⁸ AİHM, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin, AİHS ve Ek Protokollerde tanınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınabileceğini, ilk kez *Belçika Dil Davası (Belgian Linguistic Case)*⁹ kararında, daha sonra ise *Marckx / Belçika*¹⁰ kararında açıklığa kavuşturmuştur.¹¹

AİHS'nin 14. maddesine göre ayrımcılık teşkil eden fiiller "...cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir..." ayrımcılık temeline dayanabilir. AİHM ayrımcılığın cinsiyet, ırk, vatandaşlık, din, çocukların meşruiyeti ve cinsel yönelime dayalı olduğu başvurularda taraf devletlerin takdir marjını daha dar yorumlamakta, buna karşılık toplumun dar gelirli kesimlerine konut imkânı sağlanması ve vergi politikası gibi konularda devletlere daha geniş takdir marjı tanımaktadır.¹² Kuşkusuz kişilerin sağlık durumu da AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan haklar bakımından ayrımcılık temellerinden birini oluşturabilir. Diğer yandan ırk, cinsiyet, yaşlılık, engellilik ve cinsel yönelim gibi özelliklerin sağlık durumuyla çakışması halinde çoklu ya da kümülatif ayrımcılık durumu ortaya çıkabilir.¹³ Çoklu ya da kümülatif ayrımcılığın en belirgin örneği, cinsiyetin diğer ayrımcılık temelleri ile çakışması durumunda yaşanmaktadır. Bu bağlamda etnik azınlık grubuna dâhil kadınlar, yaşlı kadınlar, siyah kadınlar ve engelli kadınlar, en dezavantajlı gruplar arasında yer almaktadırlar. Diğer çoklu ve çakışan ayrımcılık durumları, etnik azınlıkların eşcinsel üyeleri, engelli siyahlar veya yaşlı engellilerde de söz konusu olabilmektedir.¹⁴

AİHS ve Ek Protokollerle bağlantılı ayrımcılık yasağı ihlalleri, belli statüye

8 Bkz. Peter Van Dijk, vd. *Theory and Practice of the ECHR*, Fourth Revised Edition, Mortsels (2006), Intersentia, s. 1027 vd.

9 Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" / *Belçika* (1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23 Temmuz 1968.

10 *Marckx / Belçika* (6833/74), 13 Haziran 1979, § 32.

11 Selman Karakul, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukuki Yollar ve Siyasi Zorluklar", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 6, 15, (2014), sa. 21 – 54, s. 40.

12 Clare Ovey ve Robin White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Third Edition, New York (2002), Oxford University Press, s. 358.

13 Bkz. Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Second Edition, New York (2011), Oxford University Press, s. 139-143.

14 Karakul, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukuki Yollar ve Siyasi Zorluklar", s. 36-37.

dâhil olan birey veya birey gruplarının, benzer durumda olan diğerlerinin gördüğü veya göreceği muameleye kıyasla istenmeyen, uygunsuz veya daha zarar verici bir muameleye maruz kalmasına yol açan “doğrudan ayrımcılık” şeklinde ortaya çıkabilir. Buna karşılık farklı durumlarda olan kişilere başkalarıyla aynı şekilde muamele edilerek, kişilerin başkalarına kıyasla dezavantajlı duruma düşürülmesi halinde “dolaylı ayrımcılık” da söz konusu olabilir. AİHM yakın tarihli bazı kararlarında dolaylı ayrımcılık uygulamalarını tespit ederek, “*bir muamele farkının, tarafsız bir dille ifade edilmiş olmakla beraber, bir gruba karşı ayrımcılık oluşturan genel bir politika veya düzenlemenin orantısız aleyhte etkileri şeklini alabileceğini*” ifade etmiştir.¹⁵ AİHM’ye göre Sözleşme’de düzenlenen hakların taraf devletlerce farklı yollarla (ve farklı derecelerde) güvenceye alınması mümkünse de, Sözleşme’nin 14. maddesi bu haklardan yararlanmada ayrımcılıktan kaçınılmasını gerektirmektedir. Sözleşme’nin 14. maddesi anlamında ayrımcılık kavramı, genel olarak bir kişi veya grubun haklı bir nedene dayanmaksızın diğerlerine göre daha az lehte muameleye maruz kaldığı vakaları da kapsamakta olup, lehte muamelenin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olmaması, varılan sonucu değiştirmeyecektir.¹⁶

AİHM gündemine gelen sağlıkla ilgili ayrımcılık iddiası içeren başvurularda genelde cinsiyet ve engellilik temeline dayalı farklı uygulamalar veya başvuruların bu özellikleri nedeniyle diğerlerine göre dezavantajlı konuma düşürülmesi, Sözleşme ve Ek Protokollerle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturmaktadır. *Konstantin Markin / Rusya* davasında AİHM, Rusya’da silahlı kuvvetler mensubu kadın personele üç yıllık doğum izni verilebilmesine karşılık, eşinden ayrılan ve üç çocuğunun velayetini üstlenen erkek personel için yalnızca üç aylık izin verilmesini cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık olarak kabul etmiş ve Sözleşme’nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷ *Glor / İsviçre* davası tip 1 diyabet hastası olan başvurunun zorunlu askerlik hizmetini veya alternatif sivil bir hizmeti yerine getirmek istemesine rağmen, askerlik hizmetine elverişli olmadığı gerekçesiyle askerliğe kabul edilmemesi; buna karşılık alternatif sivil hizmetin yalnızca vicdani retçiler için öngörülmesi nedeniyle bu yolun da mümkün olmaması; buna karşılık yürürlükteki mevzuat uyarınca yıllık vergiye tabi gelirin %2’si oranında vergi vermekle

15 Örneğin; bkz. *D.H. vd. / Cek Cumhuriyeti (57325/00)*, 13 Kasım 2007, §§ 182-210; *Opuz / Türkiye (33401/02)*, 9 Haziran 2009, §§ 184-202; *Zarb Adami / Malta (No. 17209/02)*, 20 Haziran 2006, §§ 71-84. Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, 2010, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_TUR.pdf (1 Temmuz 2014), s. 22, 29.

16 *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık (9214/80, 9473/81, 9474/81)*, 28 Mayıs 1985, § 82.

17 *Konstantin Markin / Rusya (30078/06)*, 22 Mart 2012, §§ 129-152.

yükümlü tutulmasıyla ilgilidir. İsviçre Federal Mahkemesi kararları uyarınca askerlik hizmetinden tamamen muaf tutulabilmek için ağır engellilik halinin bulunması, yani engel oranının en az %40'ın üzerinde olması gerekirken, başvuranın rahatsızlığı bu oranının altında kaldığı için başvuran ağır engelli kategorisine girmemiştir. Başvuranın askerlik yükümlülüğünü eşdeğer sivil bir hizmetle yerine getirme isteği de bu yolun yalnızca vicdani retçiler için öngörüldüğü gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Buna karşılık başvuran, gelir düzeyi göz önüne alındığında kendisi için küçümsenmeyecek bir miktarda vergi ödemek zorunda bırakılmıştır. AİHM, mevcut dava koşulları çerçevesinde askerlik hizmetine elverişli olmayanlar arasında yapılan vergi yükümlülüğünden muaf tutulanlar ile vergi yükümlülüğüne tabi olanlar ayrımının makul görülemeyeceği gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸

Kişilerin yalnızca içinde bulunduğu sağlık durumu temelinde farklı uygulamalara maruz kalması veya diğerlerine göre dezavantajlı konuma düşürülmesinin, AİHM tarafından Sözleşme ve Ek Protokollerle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiği tespit edilen başvurular da bulunmaktadır. AİHM *Kiyutin / Rusya* davasında bireylerin sağlık durumuna dayalı olarak uygulanacak bir farklılığın Sözleşme'nin 14. maddesinde *numerus clausus* olarak öngörülmemen “...herhangi başka bir duruma dayalı...” ayrımcılık temeli teşkil edebileceğini kabul etmiştir. Özbek vatandaşı olan başvurana HIV pozitif olduğu gerekçesiyle Rusya'da ikamet izni verilmemesi AİHM tarafından Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹⁹ *Novruk vd. / Rusya* davası da benzer şekilde Rus vatandaşlarıyla evlenen veya birlikte yaşayan başvuranlara HIV pozitif teşhisi konulduktan sonra Rusya'da ikamet izni verilmemesiyle ilgilidir. AİHM'ye göre, özellikle incinebilir grupta yer alan HIV pozitif yabancılara ülkeye giriş, ziyaret ve ikamet konusunda mevcut engellemelerin kaldırılması konusunda Avrupa'da ve uluslararası alanda konsensüs oluşurken, davalı devlet sağlık nedenlerine dayalı olarak farklı muamelede bulunmayı dayandırdığı zorlayıcı sebepleri veya objektif gerekçeleri sunmamaktadır. Bu nedenle başvuranlar sağlık durumuna dayalı ayrımcılığın mağduru olup, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi ihlal edilmiştir.²⁰ *İ.B. / Yunanistan* davası mücevherat imalat şirketinde çalışan başvuranın HIV pozitif olduğu teşhis edildikten sonra çalışanların yaklaşık yarısının kendi sağlıklarının,

18 *Glor / İsviçre (13444/04)*, 30 Nisan 2009, §§ 77-98.

19 *Kiyutin / Rusya (2700/10)*, 10 Mart 2011, §§ 53-74.

20 *Novruk vd. / Rusya (31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14)*, 15 Mart 2016, §§ 95-112. Bkz. European Court of Human Rights, “Factsheet - Health”, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf (26 Kasım 2016), s. 6.

çalışma haklarının ve şirketteki uyumlu çalışma ortamının korunması için başvuranın iş akdine son verilmesini talep etmeleri üzerine, işveren tarafından başvuranın yasal hakları ödenmek suretiyle iş akdine son verilmesiyle ilgilidir. Başvuranın iş akdinin feshinin hukuka aykırı olduğunun tespiti, işe iade ile maddi ve manevi zararlarının tazmini talebiyle iç hukukta açtığı dava, ilk derece ve istinaf mahkemeleri tarafından kısmen kabul edilmiştir. Ancak temyiz mahkemesi, iş akdinin işveren tarafından fesih işleminin çalışanlar arasında işyeri barışının korunması ve işletmenin düzgün çalışabilmesi yönlerinden haklı olduğu gerekçesiyle istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. AİHM *İ.B. / Yunanistan* kararında, temyiz mahkemesinin işverenin çıkarlarını başvuranın çıkarlarından üstün tutmasının gerekçelerine yeterince yer vermeyerek, Sözleşme'nin gerektirdiği şekilde iki tarafın hakları arasında denge kuramadığını belirterek, başvuranın sağlık durumu temelinde ayrımcılığa maruz kalması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²¹

AİHS ve Ek Protokollerde tanınan hak ve özgürlüklerin ötesinde, taraf devletlerce hukuken güvenceye alınan tüm haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılmasını genel olarak yasaklayan Sözleşme'ye Ek 12 No.lu Protokolün 1. maddesi, sağlık hakkı gibi Sözleşme'de yer almayan ancak iç hukukta düzenlenen haklardan eşit olarak yararlanılabildiğini temin etmek bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte Ek 12 No.lu Protokolün görece yakın bir tarihte yürürlüğe girmesi ve henüz Avrupa Konseyi (AK) üyesi devletlerin çoğunluğu tarafından onaylanmaması nedeniyle uygulama alanı sınırlı kalmıştır.²² Ek 12 No.lu Protokolün ihlal edildiği iddiası içeren başvurular ve ilgili Mahkeme kararları taraf devletlerde iç hukukta güvenceye alınan Sözleşme dışı haklardan yararlanmada karşılaşılan ayrımcılık temellerini ortaya koyabilmek için henüz yeterli veri sağlamamaktadır. AİHM'nin Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan bir hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit ettiği başvurularda, Ek 12 No.lu Protokolde düzenlenen genel ayrımcılık yasağı yönünden ayrıca inceleme yapılmamaktadır.²³ AİHM'nin Ek 12 No.lu Protokol ile ilgili olarak ihlal kararı verdiği ilk başvuru *Sejdić ve Finci / Bosna Hersek* davasıdır. Bosna Hersek seçim yasalarına göre, devlet başkanlığı seçimlerinde aday olabilmek için adayların kurucu halklardan birine²⁴ dâhil olduklarını beyan

21 *İ.B. / Yunanistan (552/10)*, 3 Ekim 2013, §§ 75-91.

22 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ye Ek 12 No.lu Protokol, 47 AK üyesi devletin 20'si tarafından onaylanmıştır. Ek 12 No.lu Protokol, Türkiye dâhil 18 üye devlet tarafından imzalanmış, ancak henüz onaylanmamıştır. Bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=P2Q75T9z (22 Nisan 2017).

23 Bkz. *Savez crkava "Riječ života" vd. / Hırvatistan (7798/08)*, 9 Aralık 2010, §§ 96-115.

24 Bosna Hersek Anayasasına göre, kurucu halklar Boşnak, Hırvat ve Sırlardan oluşmaktadır.

etmek zorunda olmaları, AİHM tarafından Ek 12 No.lu Protokolün 1. maddesine aykırı bulunmuştur. Bosna Hersek'te yasama organı seçimlerine katılabilmek için de kurucu halklardan birine dâhil olma koşulu bulunmaktadır. Ancak yasama organı seçimlerine katılma hakkı, AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokolün 3. maddesinde güvenceye alındığından, AİHM yasama organı seçimleri yönünden seçilme hakkıyla bağlantılı olarak, AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermekle yetinmiştir.²⁵ AİHM önüne gelen davalarda yeterince uygulama alanı bulamamış olsa da Ek 12 No.lu Protokol, taraf devletlerin iç hukukta güvenceye aldığı hakların tamamı yönünden uygulanabilir olması nedeniyle -ayrımcılık yasağıyla sınırlı da olsa- AİHS'deki "sosyal açığı" gidermeye uygun görünmektedir.²⁶

II. AİHM'nin Çevreyle İlgili Sağlık Sorunlarına Yaklaşımı

Sağlık hakkı gibi sağlıklı çevre hakkı da AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlükler arasında yer almamaktadır. Bununla birlikte çevreye zarar verilmesi veya çevresel riskler ortaya çıkması halinde Sözleşme'de güvenceye alınan bazı hak ve özgürlüklerden istifade edilmesi olumsuz yönde etkilenebilmektedir.²⁷ Bu nedenle Sözleşme organlarının birçok kararında kişisel hak ve özgürlüklerle, çevrenin korunması arasında bağlantı olduğu kabul edilmiştir.²⁸ AİHM çevreyle ilgili sorunlar içeren başvuruları ağırlıklı olarak özel ve aile hayatına saygı hakkını güvenceye olan Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelemekle birlikte, çevre sorunları başta yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı olmak üzere Sözleşme ve Ek Protokollerde düzenlenen diğer kişisel hak ve özgürlükler kapsamında da değerlendirilebilmektedir.²⁹

Tehlikeli endüstriyel faaliyetlerle bağlantılı olarak ortaya çıkan çevresel fe-

25 Bkz. *Sejdić ve Finci / Bosna Hersek (27996/06 ve 34836/06)*, 22 Aralık 2009, §§ 52-56. AİHM *Sejdić ve Finci* davasıyla benzer iddialar içeren *Zornić / Bosna Hersek (3681/06)*, *Šlaku / Bosna Hersek (56666/12)* ve *Pilav / Bosna Hersek (3681/06)* başvurularında da Ek 12 No.lu Protokolün 1nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca AİHM *Šlaku / Bosna Hersek* kararında, bu konudaki ilk Sözleşme ihlalinin tespit edildiği *Sejdić ve Finci* kararına da atıfla, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecinde, bundan sonra benzer ihlallerin yaşanmasını önlemek amacıyla davalı devletin alması gereken tedbirlere dikkat çekmiştir.

26 Emmanuel Decaux, "Conclusions of the Chair", *Non-Discrimination: A Human Right. Seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Strasbourg (2006), Council of Europe Publishing, s. 112.

27 Bkz. *López Ostra / İspanya (16798/90)*, 9 Aralık 1994, § 51; *Hatton vd. / Birleşik Krallık (36022/97)*, 8 Temmuz 2003, §§ 96-104.

28 Bkz. Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Second Edition, Strasbourg (2012), Council of Europe Publishing, s. 30-31.

29 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Environment and the ECHR", http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf (22 Nisan 2017).

laketler ve riskler nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında, Sözleşme'ye taraf devletlerin yaşam hakkından kaynaklanan sorumlulukları söz konusu olabilmektedir. *Öneriyıldız / Türkiye* davası, 1993 yılında İstanbul'da, Ümraniye Hekimbaşı çöp toplama merkezinde metan gazı sıkışması nedeniyle oluşan patlamada, bölgedeki on gecekondunun çökmesi sonucunda aralarında başvuranın dokuz yakınının da bulunduğu 39 kişinin hayatını kaybetmesiyle ilgilidir. AİHM'ye göre, teknik standartlara uygun olmadığı halde açılan ve faaliyetini sürdüren Ümraniye çöp toplama merkezinde halkın korunması için yeterli önlemlerin alınmasını temin edecek denetim sisteminin, ayrıca çeşitli idari kurumlar arasında eşgüdüm ve iş birliğini sağlayacak mekanizmaların bulunmaması, insan hayatını tehlikeye atan bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu durum kent planlamasındaki yetersizlikler ve yasal önlemlerin uygulanmasındaki belirsizliklerle birleşince davaya konu trajik olaylar meydana gelmiştir. Yetkili kişi ve kurumların bölgedeki gecekondularda yaşayanların içinde bulunduğu yakın ve bilinen risklerden korunması için gereken her türlü önlemi almamış olması, bölgede yaşayanların hayatını kaybetmesine yol açmıştır. Dolayısıyla AİHM, mevcut dava koşullarında başvuranın yakınlarının yaşam hakkının esas yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁰ Mahkeme ayrıca meydana gelen ölüm olayları nedeniyle sorumluluğu bulunanların tespit edilmesi konusunda etkili bir ceza soruşturması yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkının usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiştir.³¹ AİHM *Öneriyıldız* davasında Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyetin korunması hakkının; ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan iç hukukta etkili başvuru hakkının, yaşam hakkının esas ve mülkiyetin korunmasıyla bağlantılı olarak ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³²

Doğal afetlerle ilgili olarak AİHM, *Budayeva vd. / Rusya* davasında dağlık bölgede çamur kayması sonucunda başvuranın evinin yıkıldığı ve başvuranın eşi de dâhil sekiz kişinin hayatını kaybettiği olayda, yetkili makamların yaşam hakkının korunması konusunda zorunlu tedbirleri almadıkları gerekçesiyle, AİHS'nin 2. maddesinin esas yönünden, ayrıca olay hakkında yeterli bir adli soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle aynı maddenin usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiştir.³³ 17 Ağustos 1999 Marmara Depremi'nde Çınarcık'ta yıkılan bir binada yakınlarını kaybedenlerin yaptığı *Özel vd. / Türkiye* başvurusunda ise AİHM, ölümlere neden olan binaların yıkılmasında sorumluluğu bu-

30 *Öneriyıldız / Türkiye* (48939/99), 30 Kasım 2004, §§ 97-110.

31 *Öneriyıldız / Türkiye* (48939/99), 30 Kasım 2004, §§ 111-118.

32 *Öneriyıldız / Türkiye* (48939/99), 30 Kasım 2004, §§ 138, 155, 157.

33 *Budayeva vd. / Rusya* (15339/02 vd.), 20 Mart 2008, §§ 160, 165.

lunanların tespit edilmesi amacıyla yetkili makamlar tarafından derhal ve etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkının usul yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁴

AİHM çevresel sorunlarla ilgili olarak iç hukukta görülen çeşitli davaları, AİHS'nin 6. maddesi uyarınca başvuranların “*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar*” kapsamında kabul ederek, adil yargılanma hakkının gereklerine uygunluk bakımından incelemiştir. *L'Erablière A.S.B.L. / Belçika* vakasında çevrenin korunması alanında faaliyet gösteren başvuran derneğin, atık toplama alanının genişletilmesine yönelik idari işlemin iptali istemiyle açtığı dava, dava dilekçesinde davaya konu olayların gelişimi hakkındaki bilgilere yer verilmediği gerekçesiyle, Danıştay tarafından usul yönünden reddedilmiştir. Mahkeme öncelikle davaya konu olan şikâyetlerin dernek üyelerinin özel hayatını da doğrudan etkileyeceği gerekçesiyle, başvurunun *actio popularis* olarak nitelendirilemeyeceğini ve davada Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulama alanı olduğunu tespit etmiştir. AİHM başvuran derneğin mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın hukuki belirlilik ve adaletin doğru tecelli etmesi bakımından orantısız olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁵ *Howald Moor vd. / İsviçre* başvurusu, çalıştığı dönemde asbeste maruz kalmaktan kaynaklanan bir tümör türü olan malign plevral mezotelyoma (MPM) teşhisi konulan ve bu rahatsızlığı nedeniyle hayatını kaybeden mağdurun yakınlarının iç hukukta açtığı tazminat davasının, zamanaşımı gerekçesiyle reddedilmesiyle ilgilidir. AİHM hastalığa sebep olan olayların yıllar sonra etkisini gösterebildiğinin bilimsel olarak kanıtlanabildiği vakaların, zamanaşımı süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini belirterek, başvuranların mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasını Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı bulmuştur.³⁶ *Karin Andersson vd. / İsveç* vakasında, taşınmazlarının üzerinden veya yakınından yeni demiryolu hattı geçecek olan başvuranlar, bu karara karşı Yüksek İdare Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Yüksek İdare Mahkemesi, başvuranların açtığı ilk davayı demiryolu hattının nereden geçeceğinin henüz kesin olarak belirlenmediğini dikkate alarak, başvuranların taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Demiryolu projesi kesinleştikten sonra açılan dava ise ulusal yargı organları tarafından yalnızca yürürlükteki mevzuata uygunluk yönünden incelenmiş ve taşınmaz maliklerinin itirazları üzerinde durulmadan reddedilmiştir. Bu durumda başvuranların demiryolu inşaatının konumunun taşınmaz maliklerinin haklarını ihlal edip etmediğinin yargısal denetimini

34 *Özel vd. / Türkiye (14350/05 vd.)*, 17 Kasım 2015, §§ 191-200.

35 *L'Erablière A.S.B.L. / Belçika (49230/07)*, 24 Şubat 2009, §§ 29-30, 39-44.

36 *Howald Moor vd. / İsviçre (52067/10, 41072/11)*, 11 Mart 2014, §§ 74-80.

talep etme yetkileri bulunmadığı sonucuna varan AİHM, başvuranların medeni haklarının belirlenmesi amacıyla mahkemeye erişim haklarının tanınmadığına, dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁷ Diğer yandan iç hukukta görülen davalar sonucunda çevreye zarar veren yapıların kaldırılması veya faaliyetlerinin durdurulması yönünde verilen kesinleşmiş yargı kararlarının yetkili makamlarca yerine getirilmemesi, AİHM içtihadında Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir.³⁸

Çevreyle ilgili sağlık sorunlarına yönelik şikâyetler AİHM tarafından genellikle özel ve aile hayatına saygı hakkını güvenceye olan Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelenmektedir. Özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınan başvuruların büyük bölümü endüstriyel çevre kirliliği; gürültü kirliliği; çevresel risklerle ilgili bilgiye erişim hakkı; atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi ve su kaynaklarının kirlenmesiyle ilgilidir. Baz istasyonlarının insan sağlığına etkisi, dizel araçların emisyon değerleri, kentsel gelişimin çevreye olumsuz etkileri ve arkeolojik alanı tehdit eden baraj inşaatı gibi çevresel sorunlar da AİHM tarafından özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmekle birlikte, belirtilen konularda henüz taraf devletlerin sorumluluğunu ortaya koyan bir Sözleşme ihlali tespit edilmemiştir.³⁹

Endüstriyel çevre kirliliğiyle ilgili olarak AİHM'nin Sözleşme ihlali tespit ettiği ilk vaka *López Ostra / İspanya* davasıdır. İspanya'nın Murcia özerk bölgesinde bulunan ve deri endüstrisinin yoğun olduğu Lorca şehrinde yaşayan başvuran, evinin yakınında faaliyet gösteren bir şirkete ait katı ve sıvı atık işleme tesisinden kaynaklanan kirlilik, koku ve duman gibi çevresel riskler nedeniyle konutlarından yararlanma hakkına, fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne haksız müdahalede bulunduğu, yerel yönetimin bu duruma sessiz kaldığını belirterek, tesisin faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulması talebiyle bölge mahkemesinde dava açmıştır. Bölge mahkemesi söz konusu tesisin faaliyetlerinin çevrede yaşayanlar için belirli bir rahatsızlık yaratsa da, ciddi bir sağlık riski oluşturmadığı ve iddia edilen haklarını ihlal etmediği gerekçesiyle, başvuranın açtığı davayı reddetmiştir. Başvuranın bölge mahkemesinin kararına karşı yaptığı temyiz başvurusu ve nihayet anayasa şikâyeti de ulusal yargı organları tarafından kabul edilmemiştir. Başvuranla aynı binada yaşayan iki yakınının söz konusu şirketin kanunda öngörülen işletme ruhsatlarına sahip olmadığı iddiasıyla açtıkları davada ise bu kez yüksek bölge mahkemesi, gerekli izinler alınana kadar

37 *Karin Andersson vd. / İsveç* (29878/09), 25 Eylül 2014, §§ 68-70.

38 Bkz. *Kyrtatos / Yunanistan* (41666/98), 22 Mayıs 2003, §§ 27-32; *Apanasewicz / Polonya* (6854/07), 3 Mayıs 2011, §§ 67-83.

39 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Environment and the ECHR".

tesisin faaliyetlerinin durdurulmasına karar vermiş, ancak yapılan itiraz üzerine bu kararın yürütmesi durdurulmuştur. Başvuranın kızında çevre kirliliğiyle bağlantılı bir takım sağlık sorunları ortaya çıkınca, kira bedeli yerel yönetim tarafından karşılanmak üzere, başvuran ailesiyle birlikte şehir merkezindeki bir eve taşınmıştır. Bu süreçte başvuran ve eşi şehrin başka bir bölgesinden ev satın almıştır. Nihayet yaşanan olaylardan sonra bölge mahkemesinin verdiği yeni bir karar uyarınca tesisin faaliyetleri geçici olarak durdurulmuştur.⁴⁰ Davaya konu olayları AİHS'nin 8. maddesi kapsamında inceleyen AİHM, tesisin kurulması ve işletilmesinin hukuka uygunluğuyla ilgili yargılama sürecinin karar tarihinde devam ettiğini belirterek, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması konusundaki esas yetkinin ulusal makamlarda ve özellikle de yargı organlarında olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak yetkili makamların iç hukuk düzenlemelerine uygun karar aldıkları varsayılrsa bile başvuranın konut, özel ve aile hayatına saygı hakkının korunması için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığının ortaya konulması gerekmektedir. AİHM başvuran ve ailesinin konutlarından taşınmadan önce üç yılı aşkın bir süre tesisin yol açtığı olumsuz çevre koşullarına katlanmak zorunda kaldıklarını, tesisin çalışmaya devam edeceğinin anlaşılması ve kızlarının sağlık sorunları yaşamasından sonra, hekim tavsiyesini dikkate alarak konutlarından taşınmak zorunda kaldıklarını tespit etmiştir. Dava konusu olayların ardından başvuranın ailesiyle taşındığı konutun kira bedelinin yerel yönetimce karşılanmış olması, başvuranın mağduriyetini gidermek için elverişli değildir. AİHM'ye göre davalı devlete çevresel konularda tanınan takdir marjına rağmen, davalı devlet atık arıtma tesisine sahip olunmasından kaynaklanan ekonomik refahın sağladığı menfaat ile başvuranın konut, özel ve aile hayatına saygı hakkından etkili bir şekilde yararlanması arasında adil bir denge kurmayı başaramamıştır. Bu nedenle AİHM, *López Ostra / İspanya* davasında Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴¹

Taşkın / Türkiye davası, İzmir'in Bergama İlçesi, Ovacık Köyü'nde bir şirkete altın madeni işletme ruhsatı verilmesinin ardından, altın üretiminde siyanür kullanılmasının yaratacağı çevresel risklerin insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olacağı gerekçesiyle bölge sakinlerinin başlattığı yargısal süreç sonunda, Çevre Bakanlığı'nın verdiği işletme izni yargı kararıyla iptal edilmesine rağmen maden faaliyetlerinin sürdürülmesiyle ilgilidir. AİHM *Taşkın / Türkiye* davasında, daha önce *Hatton vd. / Birleşik Krallık* kararında temel ilkeleri ortaya konulduğu şekilde⁴², ulusal makamların çevre sorunlarıyla ilgili kararlarının AİHS'nin

40 *López Ostra / İspanya (16798/90)*, 9 Aralık 1994, §§ 7-22.

41 *López Ostra / İspanya (16798/90)*, 9 Aralık 1994, §§ 44-58.

42 *Hatton vd. / Birleşik Krallık (36022/97)*, 8 Temmuz 2003, § 99.

8. maddesine uyumunu esas ve usul yönünden ayrı ayrı incelemeyi tercih etmiştir.⁴³ Devletin sağlıklı bir çevrede yaşam hakkını koruma yükümlülüğü göz önüne alınarak, altın madeni işletme izninin Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunması nedeniyle, AİHM kararında ulusal makamların takdir marjı konusunda esas yönünden ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek olmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık, işletme izninin yargı kararıyla iptal edilmesine rağmen, maden faaliyetlerinin karardan itibaren on ay, kararın ilgili makamlara tebliğinden itibaren de dört ay boyunca durdurulmamış olması, ayrıca daha sonra çevresel etki değerlendirme raporuna dayanmadan idari makamların madene yeniden işletme izni vermesi, başvuranları gerekli usul güvencelerinden mahrum bırakmıştır. Bu nedenle AİHM, davalı devletin başvuranların özel ve aile hayatına saygı hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁴ AİHM ayrıca başvuranların sağlıklı bir çevrede yaşam hakkıyla ilgili olarak verilen mahkeme kararının -bu karara uyulmaması halinde başvuranların tazminat hakkının doğacağı da düşünüldüğünde- Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca medeni haklar kapsamında değerlendirilebileceğini belirterek, kesinleşmiş mahkeme kararlarına ulusal makamlar tarafından riayet edilmemesinin adil yargılama hakkını da ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁴⁵

Fadeyeva / Rusya davasında nüfusun yoğun olduğu bir bölgede faaliyet gösteren çelik üretim tesislerinin toksik emisyon değerlerinin yasada öngörülen sınırların üzerinde olduğu göz önüne alındığında, yakın çevrede yaşayanların sağlığına zarar verilmemesi için tesislere belirli bir mesafede konutların bulunmaması gerekirken, yasal tedbirlere uyulmamış olması, ayrıca başvuranın çevresel risklerden korunması amacıyla davalı devletin herhangi bir önlem almaması, AİHM tarafından başvuranın konut ve özel hayatına saygı hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.⁴⁶ AİHM *Giacomelli / İtalya* davasında özel atık depolama ve işleme tesisine 30 metre uzaklıktaki bir konutta yaşayan başvuranın -daha sonra alınan idari kararlarla tesisin işletme ve denetim koşullarında iyileşme olsa da- uzun yıllar tesisteki tehlikeli faaliyetlerden olumsuz etkilenmesi nedeniyle konut, özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁷ *Tatar v. Romanya* davasında AİHM, başvuranın konutu yakınlarında özel bir şirket tarafından sürdürülen altın madeni faaliyetlerinin çevre ve insan sağlığına zararlı etkilerinden yurttaşları korumak için davalı devletin gerekli tedbirleri al-

43 *Taşkın / Türkiye (46117/99)*, 10 Kasım 2004, § 115.

44 *Taşkın / Türkiye (46117/99)*, 10 Kasım 2004, §§ 116-126.

45 *Taşkın / Türkiye (46117/99)*, 10 Kasım 2004, §§ 128-138.

46 *Fadeyeva / Rusya (55723/00)*, 9 Haziran 2005, §§ 132-134.

47 *Giacomelli / İtalya (59909/00)*, 2 Kasım 2006, §§ 75-98.

madığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁸ *Dubetska vd. / Ukrayna* davasında ise AİHM, başvuranların konutlarına yakın bölgede faaliyet gösteren devlete ait bir kömür madeni ve kömür işleme tesisinin olumsuz çevresel etkileri bilindiği halde, yetkili makamlar tarafından başvuranların farklı bir bölgeye taşınması veya çevre kirliliğinin insan sağlığına zarar vermeyecek değerlere indirilmesi gibi bir çözüm bulunamadığına dikkat çekerek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁹

Gürültü kirliliğiyle ilgili olarak AİHM gündemine gelen şikâyetler hava trafiği ve uçak gürültüsü, konutların yakınında faaliyet gösteren işletmelerden kaynaklanan gürültüler, trafik gürültüsü, rüzgâr türbini ve rüzgâr çiftliklerinin gürültüsü, endüstriyel gürültü kirliliği ve demiryolu gürültüsünden kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Havaalanına yakın bölgelerde ikamet eden kişilerin maruz kaldığı hava trafiği ve uçak gürültüsünün yol açtığı rahatsızlık nedeniyle İngiltere ve Fransa hakkında yapılan başvurularda AİHM, davalı devletlerin hava trafiği ve uçak gürültüsünün olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla yaptığı düzenlemelerin toplum ve kişilerin yarışan çıkarları arasında adil bir denge kurduğu sonucuna varmıştır.⁵¹

AİHM konutların yakınında faaliyet gösteren işletmelerden kaynaklanan gürültü kirliliğine yönelik şikâyetleri de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelemektedir. *Moreno Gómez / İspanya* davasında başvuranın evinin yakınında bulunan gece kulüplerinin müsaade edilen en yüksek ses düzeyini aşmalarına yetkili makamlar tarafından müsamaha gösterilmesi, davalı devletin konut ve özel hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği şeklinde yorumlanmıştır.⁵² *Mileva vd. / Bulgaristan* davasında AİHM, başvuranların yaşadığı binanın zemin katında bulunan bir dairede ruhsatsız olarak işletilen bilgisayar kulübünün yol açtığı ses ve gürültü kirliliğine karşı ilgili makamlara yapılan şikâyetlerden herhangi bir sonuç alınamaması nedeniyle davalı devletin başvuranların konutuna, özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmıştır.⁵³ AİHM *Zammit Maempel vd. / Malta* davasında başvuranların evlerinin 150 metre kadar ötesinde çeşitli kutlamalarda yapılan havai fişek gösterilerinin yol açtığı riskler

48 *Tatar v. Romanya* (67021/01), 27 Ocak 2009, §§ 98-125.

49 *Dubetska vd. / Ukrayna* (30499/03), 10 Şubat 2011, §§ 146-156.

50 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Environment and the ECHR", s. 14-19.

51 Bkz. *Powell and Rayner / Birleşik Krallık*, (9310/81), 21 Şubat 1990, §§ 41-45; *Hatton vd. / Birleşik Krallık* (36022/97), 8 Temmuz 2003, §§ 116-130; *Flamenbaum vd. / Fransa*, (3675/04, 23264/04), 13 Aralık 2012, §§ 150-160.

52 *Moreno Gómez / İspanya* (4143/02), 16 Kasım 2004, §§ 57-63.

53 *Mileva vd. / Bulgaristan* (43449/02 ve 21475/04), 25 Kasım 2010, §§ 98-102.

nedeniyle konut ve özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarına karşılık, somut dava koşullarında yetkili makamlar tarafından önceden gerekli düzenlemelerin yapılması ve önlemlerin alınması, ayrıca başvuruların ve toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulmasına yönelik takdir marjının aşılmamış olması nedeniyle Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmediğine kadar vermiştir.⁵⁴ AİHM *Alexandru Chiş / Romanya* vakasında, başvuranın yaşadığı binada faaliyet göstermeye başlayan bir barın yol açtığı iddia edilen gürültü kirliliğinin bina sakinlerini olumsuz etkileyecek düzeyde olmadığını yetkili makamlarca tespit edilmesi nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin gerektirdiği asgari eşğin aşılmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁵⁵ *Borisiewicz / Polonya* davasında başvuranın ikamet ettiği konutun yan binasında bulunan terzi atölyesinden kaynaklanan gürültünün iç hukukta veya ilgili uluslararası çevre standartlarında öngörülen gürültü sınırlarını aşıldığına veya gürültünün başvuranın sağlık durumu üzerinde olumsuz etki yaratığına dair herhangi bir belge veya rapor sunulmadığı gerekçesiyle, AİHS'nin 8. maddesiyle ilgili şikayetler kabul edilemez bulunmuştur.⁵⁶ Buna karşılık AİHM, başvuranın şikayete konu olaylarla ilgili olarak idare mahkemesinde açtığı davanın makul bir sürede sonuçlanmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 6/1. maddesinde güvenceye alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁷

AİHM'nin *Grimkovskaya / Ukrayna*⁵⁸ ve *Deés / Macaristan*⁵⁹ kararlarında ortaya koyduğu üzere, davalı devletlerin meskûn mahal yakınlarında yoğun trafik akışına izin vermeleri başlı başına Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla birlikte özellikle otoyol yakınındaki konutlarda yaşayanların motorlu araçların zararlı etkilerinden korunması için gereken tedbirlerin alınmaması, otoyoldan yararlananlarla bölgede ikamet edenlerin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulamamasına, dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açabilir.⁶⁰ Rüzgâr türbini ve rüzgâr çiftliklerinin gürültüsüyle ilgili *Lars ve Astrid Fågerskjöld / İsveç* davasında AİHM, başvuruların ulusal makamlara

54 *Zammit Maempel vd. / Malta* (24202/10), 22 Kasım 2011, §§ 63-74.

55 *Alexandru Chiş / Romanya* (55396/07), 9 Eylül 2014, §§ 24-34.

56 *Borisiewicz / Polonya* (71146/01), 1 Temmuz 2008, §§ 44-56.

57 *Borisiewicz / Polonya* (71146/01), 1 Temmuz 2008, §§ 64-70.

58 *Grimkovskaya / Ukrayna*, (38182/03), 21 Temmuz 2011, §§ 58-73.

59 *Deés / Macaristan*, (2345/06), 9 Kasım 2010, §§ 18-24.

60 Diğer yandan AİHM *Tadeusz Frankowski / Polonya* vakasında meskûn mahal yakınlarında bulunan bir bölgenin sanayi bölgesi ilan edilmesi ve bölgeye ticaret merkezi inşa edilmesinin ardından artan trafik yoğunluğundan şikâyet eden başvuruların talepleri üzerine yetkili makamlar tarafından bölgede alınan önlemlerin toplum ve kişilerin yarışan çıkarları arasında adil bir denge kurduğunu belirterek, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. *Tadeusz Frankowski / Polonya* (25002/09), 20 Eylül 2011.

ve Mahkeme'ye evlerinden yaklaşık 400 metre mesafede bulunan rüzgâr türbininden kaynaklanan ışık yansımaları ve gürültünün sağlık durumlarını olumsuz yönde etkilediğine ilişkin herhangi bir sağlık raporu sunmadıklarını belirterek, başvuruların şikâyetlerinin çevre sorunlarıyla ilgili davalarda aranan asgari eşiğe ulaşmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶¹ AİHM *Martinez Martinez ve María Pino Manzano / İspanya* davasında, evlerinin yakınlarında faaliyet gösteren taşocağı işletmesinden kaynaklanan gürültünün kendilerinde psikolojik bozukluklara yol açtığını iddia eden başvuruların, davalı devlet tarafından sunulan çeşitli resmi belgelerde ortaya konulduğu üzere, yerleşime açık olmayan sanayi bölgesinde yaşadıklarına dikkat çekmiştir. Buna rağmen ulusal yargı organlarının başvuruların şikâyetlerini değerlendirdiğini ve bilirkişi raporuna göre taşocağından kaynaklanan gürültü ve kirlilik düzeyinin müsaade edilen sınırlarda veya bu sınırların çok az üzerinde ölçüldüğü için tahammül edilebilir düzeyde olduğunu belirten AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶² *Bor / Macaristan* vakasında, demiryolu istasyonunun karşı sokağında ikamet eden başvuranın, demiryolu gürültüsünün azaltılması ve zararının tazmin edilmesi amacıyla iç hukukta açtığı dava kısmen kabul edilmekle birlikte, demiryolu şirketi tarafından gürültünün azaltılmasına yönelik gerekli tedbirler alınana kadar başvuranın maruz kaldığı orantısız yük nedeniyle AİHM, davalı devletin başvuranın konutuna saygı hakkının güvenceye alınması için gereken pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶³

Çevresel risklerle ilgili bilgiye erişim hakkı, AİHM tarafından özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. *Guerra vd. / İtalya* davasında, bir kimyasal gübre fabrikasında geçmişte yaşanan bazı kazalar nedeniyle çevresel riskler meydana gelmesine ve bölgede yaşayanların sağlık durumunu tehdit eden vakalar yaşanmasına rağmen, fabrikada üretime 1994 yılında son verilene kadar, bölgede yaşamlarını sürdürmek konusunda karar verebilmeleri için, olası bir kaza durumunda ortaya çıkabilecek riskler konusunda başvurulara gerekli bilginin verilmemiş olması, AİHM tarafından başvuruların özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁶⁴ *McGinley ve Egan / Birleşik Krallık* davası, 1952-1967 yılları arasında İngiltere'nin Pasifik Okyanusu'nda ve Güney Avustralya'da bulunan Maralinga bölgesinde gerçekleştirdiği nükleer silah denemelerinin yol açtığı olumsuz sağlık koşullarıyla

61 *Lars ve Astrid Fägerskjöld / İsveç*, (37664/04), 26 Şubat 2008.

62 *Martinez Martinez ve María Pino Manzano / İspanya*, (61654/08), 3 Temmuz 2012, §§ 44-51.

63 *Bor / Macaristan*, (50474/08), 18 Haziran 2013, §§ 22-28.

64 *Guerra vd. / İtalya*, (116/1996/735/932), 19 Şubat 1998, §§ 56-60.

ilgilidir. Belirtilen dönemde Christmas adasında asker olarak görev yapan başvuranlar daha sonra yaşadıkları sağlık sorunlarının nükleer silah denemeleri sonucunda maruz kaldıkları radyasyonla bir ilişkisi olup olmadığını tespit edebilmek için gerekli bilgi ve belgelerin kendilerine verilmediğini iddia etmiştir. Davalı devletin Milli Savunma Bakanlığı'nın başvuranların radyasyon riskine maruz kalmadıkları iddiasını dayandırdığı belgeleri açıklaması için iç hukukta müracaat edilebilecek bir dava yolu olduğunu belirten AİHM, söz konusu hukuk yolunun etkisiz olduğunu gösterecek herhangi bir delil bulunmadığını, buna rağmen başvuranların iç hukukta öngörülen hukuk yoluna müracaat etmediğini tespit etmiştir. Bu nedenle AİHM, *McGinley ve Egan / Birleşik Krallık* davasında, davalı devletin AİHS'nin 8. maddesiyle bağlantılı pozitif yükümlüğünü yerine getirdiği sonucuna varmıştır.⁶⁵ AİHM *Roche / Birleşik Krallık* davasında, *McGinley ve Egan* kararında değinilen iç hukuktaki dava yoluyla başvuranların sağlık riskleriyle ilgili belgeleri ulaşması usulünün, davalı devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için mutlak bir nitelik taşımadığını belirtmiştir. 1960'lı yıllarda İngiliz ordusunda görev yaparken katıldığı hardal ve sinir gazı denemelerine bağlı olarak sonraki yıllarda sağlık sorunlarına maruz kaldığını iddia eden başvuran, yetkili makamlar nezdindeki ısrarlı taleplerine rağmen, hardal ve sinir gazı denemeleriyle ilgili belgelere ulaşamamıştır. AİHM İngiltere'de benzer vakalar kapsamında bilgilendirme ve sağlık çalışmalarının, başvuranın girişimlerinden on yıl sonra geliştirildiğine dikkat çekerek, *McGinley ve Egan* davasından esasa yönelik farklılıklar içeren *Roche / Birleşik Krallık* başvurusunda, bu kez davalı devletin AİHS'nin 8. maddesiyle bağlantılı pozitif yükümlüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir.⁶⁶ *Vilnes vd. / Norveç* davası, Kuzey Denizi'nde petrol arama şirketlerinde dalgıç olarak çalışan başvuranların mesleki risklerle bağlantılı olarak engelli hale gelmelerinin ardından, derin deniz dalgıçlığının riskleri hakkında kendilerine yeterli bilginin verilmediği iddialarını içermektedir. AİHM'ye göre, dalgıçlara görevleriyle ilgili basınç tabloları hakkında gerekli bilgiler verilerek, sağlık ve güvenlik risklerini hesap etmeleri sağlanmadığı ve bu sektörde faaliyet gösteren şirketlerin mesleki bilgileri yeterli şeffaflıkla çalışanlarla paylaşmalarını temin edecek önlemler alınmadığı gerekçesiyle, *Vilnes vd. / Norveç* vakasında AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.⁶⁷ *Brincat vd. / Malta* davası ise tersane işçisi olarak çalışan başvuranların ve başvuran yakınlarının uzun yıllar asbeste maruz kalmalarına bağlı olarak ciddi sağlık sorunları yaşamaları, bir başvuran yakınının ise bu sağlık sorunları nedeniyle hayatını kaybetmesiyle ilgilidir. AİHM'ye göre, davalı devletin

65 *McGinley ve Egan / Birleşik Krallık* (10/1997/794/995-996), 9 Haziran 1998, §§ 98-104.

66 *Roche / Birleşik Krallık* (32555/96), 19 Ekim 2005, §§ 157-169.

67 *Vilnes vd. / Norveç* (52806/09 ve 22703/10), 5 Aralık 2013, §§ 233-245.

1970'li yılların başlarından itibaren tersane işçilerinin asbeste maruz kalmasının doğurabileceği sağlık risklerini bilmesi gerekirken, 2003 yılına kadar bu konuda herhangi bir olumlu adım atılmamıştır. Davalı devlet, başvuruların asbestin olumsuz etkilerinden yeterince korunması, olası sağlık ve yaşam riskleri konusunda bilgilendirilmeleri konusunda hukuksal ve uygulamaya yönelik tedbirleri almaması nedeniyle Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. AİHM, hayatını kaybeden başvuran yakını yönünden AİHS'nin 2. maddesinin, diğer başvurular yönünden ise AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸

AİHM kararları uyarınca, taraf devletlerin evsel ve diğer atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesiyle ilgili olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamında yerine getirmeleri gereken pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. *Brândușe / Romanya* davası, cezaevine 20 metre mesafede bulunan eski bir katı atık toplama alanından gelen rahatsız edici kokuların cezaevinde hükümlü olarak bulunan başvuranın yaşam kalitesini ve sağlığını olumsuz yönde etkilediği iddialarını içermektedir. 1998-2003 yılları arasında kullanılan katı atık toplama alanı, resmi kullanıma son verildikten sonra yetkili makamlar tarafından alanın kapatılması için gerekli önlemler alınmadığı için özel şahıslar tarafından kontrolsüz olarak kullanılmaya devam edilmiştir. Katı atık toplama alanından kaynaklanan kirliliğin etkileri ancak 2003 yılında yani AİHM'ye yapılan başvurudan sonra ve 2006 yılında bölgede yaşanan şiddetli bir yangının ardından değerlendirilmeye alınmıştır. Yapılan ölçümler sonucunda, katı atık toplama alanından kaynaklanan kirliliğin çevre standartlarına aykırı olduğu tespit edilmiştir. AİHM *Brândușe / Romanya* davasında yetkili makamların katı atık toplama alanından kaynaklanan rahatsız edici kokuların giderilmesi konusunda gerekli tedbirleri almadığı gerekçesiyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁹ *Di Sarno vd. / İtalya* başvurusu, İtalya'nın Campania bölgesinde 1994-2009 yılları arasında katı atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi konusunda yaşanan sorunlar nedeniyle olağanüstü hal ilan edilmesi; olağanüstü hal konusyla ilgili faaliyetlerin merkezi idarenin atadığı memurlar tarafından yürütülmesi; özellikle 2007 yılının sonları ve 2008 yılının başlarında beş aylık süre zarfında katı atıkların toplanmaması nedeniyle sokaklarda çöp yığınlarının birikmesi; bu süreçte çevresel kirliliğin yarattığı risklerin başvuranların ve bölgede ikamet edenlerin konut ve özel hayatına saygı hakkını olumsuz yönde etkilemesiyle ilgilidir. AİHM bölgede katı atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi

68 *Brincat vd. / Malta* (60908/11 vd.), 24 Temmuz 2014, §§ 103-117.

69 *Brândușe / Romanya*, (6586/03), 7 Nisan 2009, §§ 68-76. AİHM *Brândușe / Romanya* davasında ayrıca başvuranın cezaevi koşullarının yetersizliği nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

konusunda yaşanan sorunların -daha önce Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından tespit edildiğinden farklı olarak- bölgede ikamet edenlerin yaşamını ve sağlığını tehdit ettiğine ilişkin somut veriler bulunmamakla birlikte, halkın sağlığına yönelik ciddi tehlike olmayan hallerde de AİHS'nin 8. maddesinin uygulanabileceğini belirtmiştir. AİHM, davalı devletin başvuru konusu olayları mücbir sebep (*force majeure*) olarak nitelendirmesine katılmayarak, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletlerin haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğuyla ilgili kurallarına atıf yaparak, mücbir sebebin, devletin kontrolünün ötesinde, uluslararası bir yükümlülüğü yerine getirmeyi maddi olarak imkânsız hale getiren koşullarda karşı konulamaz bir güç veya öngörülemez bir olay niteliğinde olması gerektiğini hatırlatmıştır. Oysa somut olayda davalı devlet yönünden mücbir sebep koşullarının bulunduğu söylenemeyecektir. AİHM'ye göre, krizin akut aşamasının davalı devletin ileri sürdüğü gibi 2007 yılının sonları ve 2008 yılının başlarında yaşanan beş aylık süre olduğu kabul edilse bile, devlete tanınan takdir marjına rağmen, İtalyan makamlarının katı atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi konusunda uzun süre yetersiz kalmalarının, başvuruların konut ve özel hayatına saygı hakkını olumsuz etkileyerek AİHS'nin 8. maddesini esas yönünden ihlal ettiği inkâr edilemez. Buna karşılık olağanüstü hal yönetiminin bölgede yaşamının potansiyel riskleri konusundaki bulgularını bölge halkı ve başvurularla paylaşması nedeniyle, AİHM davalı devletin halkı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğine ve AİHS'nin 8. maddesinin usul yönünden ayrıca ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁰

AİHM *Dzemyuk / Ukrayna* davasında konutların ve su kaynaklarının olumsuz etkilenebileceği kadar yakın mesafedeki bir alanın yerel yönetim tarafından mezarlık olarak tahsis edilmesini AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. AİHM, yerel yönetimin mezarlık alanı tahsisıyla ilgili kararının, Ukrayna'da ulusal çevre sağlığı düzenlemeleri uyarınca 300 metrelik sağlık koruma bölgesi zorunluluğuna aykırı olduğunu; mezarlık inşaatıyla ilgili olarak cenaze ve cenaze hizmetleri kanunu uyarınca onaylanmış bir inşaat planının olmadığını; ayrıca mezarlık inşaatının içme suları ve içme suyu kaynaklarıyla ilgili yasal düzenlemelere aykırı olduğunu tespit etmiştir. Nitekim yerel yönetimin mezarlık alanı tahsis işleminin hukuka aykırılığı, ulusal makamlar tarafından açıkça kabul edilmiş ve mahkeme kararıyla da tasdik edilmiştir. Bununla birlikte mezarlığın kapatılması yönündeki kesinleşmiş mahkeme kararı yerel yönetim tarafından yerine getirilmeyerek, çevre düzenlemelerine ve kesinleşmiş yargı kararına riayet edilmemiştir. AİHM dava konusu olayda yaşandığı gibi dağlık böl-

70 *Di Sarno vd. / İtalya (30765/08)*, 10 Ocak 2012, §§ 108-113.

gelerde su kaynaklarının kirlenmesini de içeren çevresel sorunların üstesinden gelmenin güçlüğünü ve maliyetini kabul etmekle birlikte, mezarlık alanı tahsisi ve kullanılmasının birçok yönden hukuka aykırı olduğunu; somut olayla ilgili çevre makamlarının görüşlerinin göz ardı edildiğini; kesin ve bağlayıcı yargı kararları uygulanmayarak, su kirliliğine bağlı sağlık ve çevresel tehlikelerin dikkate alınmadığını vurgulamıştır. Bu nedenle AİHM başvuranın konut ve özel hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin AİHS'nin 8. maddesi anlamında kanunla öngörülmüş olma koşulunu taşımadığı sonucuna varmıştır.⁷¹

III. AİHM Önüne Gelen Biyoetik ile İlgili Konular

A. Deneysel Tedavi ve İlaçlara Erişim

AK üyesi devletler arasında deneysel tedavi ve ilaçlara erişim hakkının tanınması konusunda genel bir kural ve uygulama birliği bulunmamakla birlikte, bazı istisnai durumlarda gönüllü hastalar üzerinde deneysel tedavi ve ilaçların kullanılabilmesi kabul edilmektedir.⁷² AİHM önüne gelen deneysel tedavi ve ilaçlarla ilgili başvuruları iki grup altında incelemek mümkündür. Birincisi, kişiye rızası dışında deneysel tedavi ve ilaç uygulanmasıdır ki; bu uygulamanın uluslararası ve bölgesel insan hakları normlarına ve AİHS'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklere aykırı olduğuna kuşku yoktur. İkincisi ise kişinin serbest rızasına dayalı olarak deneysel tedavi ve ilaçlara erişimine izin verilmemesi veya olanak sağlanmaması olup, AİHM bugüne kadar incelediği vakalarda, taraf devletlerin AİHS kapsamında deneysel tedavi ve ilaçlara erişime izin verme yükümlülüğü olduğunu kabul etmemiştir.

İkinci Dünya Savaşı esnasında Nazi toplama kamplarında tutulan insanların bedeni üzerinde yapılan korkunç deney ve uygulamaların bir daha yaşanmaması amacıyla, 1947 yılının Ağustos ayında Nuremberg Kodu olarak bilinen ilkelerle deneysel tedavinin serbest rızaya dayanması mutlaka uyulması gereken bir zorunluluk olarak benimsenmiş ve deneysel tedavi uygulamasında kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına öncelik veren esaslar geliştirilmiştir. Dünya Tıp Birliği'nin 1964 yılında kabul ettiği Helsinki Deklarasyonu'nda; Ruhsal Rahatsızlığı Bulunan Kişilerin Korunması ve Ruh Sağlığının Geliştirilmesine yönelik 17 Aralık 1991 tarihli Birleşmiş Milletler Prensipleri'nde ve Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nde deneysel tedavi uygulamasında

⁷¹ *Dzemyuk / Ukrayna (42488/02)*, 4 Eylül 2014, §§ 87-92. AİHS'nin 8. maddesi kapsamında yapılan müdahalenin kanunla öngörülmüş olma koşulunu taşınamaması halinde, Sözleşme'de belirtilen meşru amaçlardan birine dayanma ve demokratik bir toplumda zorunlu olma koşulları yönünden ayrıca incelemeye gerek bulunmamaktadır.

⁷² Bkz. Aurora Plomer, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, Londra (2005), Cavendish Publishing, s. 47-48.

mutlaka kişinin serbest rızasının bulunması, ayrıca kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması zorunluluğu getirilmiştir. AK İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin⁷³ 5. maddesi uyarınca kişiye sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden bilgi verilmesi ve kişinin açık muvafakatının alınması gerekmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre muvafakat verme yeteneğine sahip olmayanlar üzerinde tıbbi müdahale yalnızca bu kişilerin doğrudan yararı bulunması koşuluyla yasal temsilcisinin veya ilgili makamın izniyle yapılabilecek ve tıbbi müdahale uygulanacak kişinin mümkün olduğunca izin verme sürecine katılımı sağlanacaktır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 15. maddesine göre “(b)iyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan türünün korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak şartıyla, serbestçe yapılabilir.” Ancak bilimsel araştırmalarda, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 16. maddesinde yer alan, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmasına yönelik koşullara uyulması gerekmektedir.⁷⁴ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne, Biyotıp Araştırmalarıyla ilgili Ek Protokolde taraf devletlerde biyotıp araştırmalarının kişisel hak ve özgürlüklere ve etik ilkelere uygun yapılmasını güvenceye alacak kurallara ve koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Ek Protokolün 3. maddesinde biyotıp araştırmalarında insa-

73 Türkiye, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”ni 4 Nisan 1997 tarihinde imzalamış, 2 Temmuz 2004 tarihinde onaylamıştır (20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazete). Türkiye, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne, Biyotıp Araştırmalarıyla ilgili Ek Protokolü ise 25 Ocak 2005 tarihinde imzalamış ve 21 Eylül 2011 tarihinde onaylamıştır (11 Haziran 2011 tarih ve 27961 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete). Bununla birlikte AK üyesi devletlerin çoğunluğu gibi Türkiye, İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakliyle ilgili Ek Protokolü ve Sağlık Amaçlı Genetik Testlerle ilgili Ek Protokolü henüz onaylamamıştır. Bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164> (22 Nisan 2017).

74 “Madde 16 – Üzerinde Araştırma Yapılan Kişilerin Korunması

Bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir:

i İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması;

ii Şahsın maruz kalabileceği risklerin, araştırmadan beklenen yararlarla kıyasla orantısız olmaması;

iii Araştırma projesinin, yetkili bir kurum tarafından, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin multidisipliner bir gözden geçirmeye tabi tutulması da dahil olmak üzere, projenin bilimsel değerinin bağımsız bir şekilde incelenmesinden sonra onaylanmış olması;

iv Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanunda öngörülen hak ve güven-celeri konusunda bilgilendirilmiş olmaları;

v 5'inci maddede belirtilen muvafakatın, açıkca, özel olarak ve belgelendirilerek verilmiş olması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir.”

nın önceliği açıkça vurgulanmakta olup, buna göre, “(a)raştırmaya katılan kişinin menfaatleri ve refahı, bilim ve toplumun menfaatlerinin üstünde tutulur.”

Kişilere zorla deneysel tedavi ve ilaç uygulanması, şikayete konu olayın niteliğine ve sonuçlarına göre AİHS'nin 2., 3. ve 8. maddelerine aykırılık oluşturabilir. *Bataliny / Rusya* vakası, birinci başvuranın intihar girişimi üzerine kaldırıldığı psikiyatri hastanesinde yaklaşık 15 gün iradesi dışında tutulması, sağlık görevlileri ve diğer hastalar tarafından kötü muameleyle maruz kalması, ayrıca hastanede kaldığı süre zarfında kendisine o dönem yeni bulunan bir ilaç tedavisi uygulanarak, iradesi dışında bilimsel araştırmaya tabi tutulmasıyla ilgilidir. AİHM'ye göre *Bataliny / Rusya* davasında, birinci başvuranın tıbbi bir zorunluluk olduğu tespit edilmediği halde psikiyatrik tedaviye zorlanması, başvurana yeni bir antipsikotik ilaç tedavisi uygulanarak rızası dışında bilimsel araştırmaya dâhil edilmesi, başvuranda aşağılanma ve küçük düşürülmeye yol açacak korku, endişe ve değersizlik hissi yaratmıştır. AİHM başvuranın rızası dışında maruz kaldığı muamelenin AİHS'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷⁵

Deneysel tedavi ve ilaçlara erişimle ilgili olarak AİHM'ye yapılan *Hristozov vd. / Bulgaristan* başvurusunda, kanser hastası olan başvuranlar, ruhsatsız olan deneysel bir anti kanser ilacına erişimlerinin davalı devlet tarafından engellendiğinden yakınmıştır. Bulgaristan kanunlarına göre ruhsatsız deneysel ilaç kullanılmasına izin verilmesi, ancak söz konusu ilaca başka bir ülkede ruhsat verilmesi halinde mümkündür. Bazı ülkelerde ağır hastaların söz konusu ilacı kullanmalarına müsaade edilmiş olsa da, hiçbir ülkede ilaca resmi ruhsat verilmemiştir. Bu nedenle başvuranların ilacı kullanma izni talepleri İlaç İdaresi Kurumu tarafından reddedilmiştir. Bazı başvuranların Sağlık Bakanlığı'na ve Kamu Denetçiliği Kurumu'na yaptıkları başvurular da kabul edilmemiştir. Bunun üzerine başvuranlar ulusal mahkemelerde herhangi bir dava açmadan doğrudan AİHM'ye müracaat etmiştir. Başvuranların ulusal yargı organlarından olumlu sonuç alamayacakları düşüncesiyle doğrudan Strasbourg Mahkemesi'ne başvurması nedeniyle davalı devlet, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde itirazda bulunmuştur. Öncelikle başvuruyu kabul edilebilirlik yönünden incele-

75 *Bataliny / Rusya* (42488/02), 23 Temmuz 2015, §§ 88-91. AİHM *Bataliny / Rusya* davasında birinci başvuranın psikiyatrik tedaviye zorlanmasından başka Sözleşme ihlalleri de tespit etmiştir. AİHM birinci başvuranın akıl hastanesinde iradesi dışında ve kanuna aykırı olarak tutulması nedeniyle AİHS'nin 5/1. maddesinin; başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygunluğunu denetleyecek müracaat yolu bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 5/4. maddesinin; başvuranın akıl hastanesinde kötü muamele maruz kalması nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin esas yönünden; ayrıca başvuranın kötü muamele iddiasıyla ilgili olarak iç hukukta etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.

yen AİHM, başvuranlar gibi ağır hastalığı bulunan şahısların ruhsatsız deneysel ilaçlara erişimlerine müsaade edilmemesinin iç hukukta yürürlükte bulunan açık düzenlemelere dayandığına dikkat çekmiştir. Davalı devletin deneysel ilaçlara erişim izni verilmesi konusunda AB Hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü de bulunmayıp, bu konuda AB üyesi devletlerin ulusal mevzuatında farklı düzenlemeler yer almaktadır. AİHM'ye göre, davalı devletin iddia ettiği gibi AİHM kararlarının ulusal mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilse bile, dava konusu hukuki uyuşmazlığın AİHM gündemine yeni gelen bir konu olması nedeniyle, AİHM'nin mevcut kararlarının iç hukukta etkili bir başvuru yolu sağlayacağını varsaymak mümkün değildir. Bu nedenle başvuranların ulusal hukukta müracaat edebilecekleri etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı sonucuna varan AİHM, davalı devletin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını reddetmiştir.⁷⁶

AİHM *Hristozov vd. / Bulgaristan* davasında başvuranların şikâyetlerinin esasını AİHS'nin 2, 3 ve 8. maddeleri kapsamında incelemiştir. Mahkeme taraf devletlerin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin ölümcül hastalara ruhsatsız ilaçlara erişim hakkı tanınmasını gerektirecek şekilde yorumlanamayacağını; öte yandan deneysel ilaçlara erişim talebinin reddedilmesini insanlık dışı muamele olarak nitelendirebilmek için gerekli asgari eşiğin aşılmadığını belirterek, AİHS'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM özel hayat kavramının kişisel özerklik ve yaşam kalitesiyle desteklendiğini teyit eden önceki kararlarına atıfla, başvuranların şikâyetlerini esas olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. AİHM'ye göre, başvuranlar gibi ölümcül hastaların deneysel ilaçlara erişiminin sınırlandırılmasından elde edilecek kamusal menfaatin üç temele dayandırılması mümkündür. Birincisi, henüz yeterli veri bulunmayan deneysel tedavilerin olası risklerinden hastaların korunması; ikincisi, ruhsatsız ilaçların üretimi, ithali, ticareti, reklamı ve kullanılmasına yönelik yasakların, bu yolla etkisiz hale getirilmesi veya bertaraf edilmesinin önlenmesi; üçüncüsü ise örneğin, klinik araştırmalara hasta katılımının azalmasına yol açarak, yeni tıbbi ürünler geliştirilmesinden ödün verilmemesidir. AİHM'ye göre, ruhsatsız deneysel ilaç kullanılmasına izin verilebilmesi için söz konusu ilaca başka bir ülkede ruhsat verilmiş olması koşulunun aranmasının, diğer bir deyişle Bulgaristan makamlarının kamusal menfaatlerle bireysel çıkarların dengelenmesi konusunda tercih ettikleri çözümün, AİHS'nin 8. maddesiyle bağdaşmadığı söylenemez. Bu nedenle AİHM *Hristozov vd. / Bulgaristan* davasında AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁷

⁷⁶ *Hristozov vd. / Bulgaristan* (47039/11 ve 358/12), 13 Kasım 2012, §§ 86-90.

⁷⁷ *Hristozov vd. / Bulgaristan* (47039/11 ve 358/12), 13 Kasım 2012, §§ 116-127.

Durisotto / İtalya davası, serebral dejeneratif hastalığı bulunan başvuranın kızına “Stamina” yöntemi olarak bilinen deneysel tedavi uygulanmasına izin verilmesi talebinin İtalyan mahkemeleri tarafından reddedilmesiyle ilgilidir. AİHM, İtalyan Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan bilim kurulunun söz konusu tedavi yöntemiyle ilgili olumsuz yönde görüş verdiğine, dolayısıyla tedavinin bilimsel değerinin ispat edilmediğine dikkat çekmiştir. AİHM’ye göre, bu durumda tıbbi tedavi uygulanmasına izin verilmesi talebi reddedilerek, başvuranın kızının özel hayatına saygı hakkına müdahale edilmesi demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul edilebilir. Diğer yandan başvuranın kızının durumu, tedavi için gerekli istisnai yargısal izni alan hastalarla mukayese edilebilir konumda olsa da, AİHM adli sistemin izin talebini reddetmesinin ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna varılamayacağını belirtmiştir. AİHM başvuruya konu olan tedaviye erişime izin verilmemesinin, sağlığın korunması meşru amacına dayandığını ve öngörülen amaçla orantılı olduğunu değerlendirmiştir. Ayrıca İtalyan mahkemesinin kararında yeterli gerekçeye yer verilmiş olup, karar keyfi olarak nitelendirilemez. AİHM son olarak “Stamina” yönteminin tedavi değerinin karar tarihine kadar bilimsel olarak ispat edilmediğini hatırlatmıştır. Dolayısıyla AİHM başvurunun AİHS’nin 8. maddesi ve bu maddeyle bağlantılı olarak 14. maddesi yönünden açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁷⁸

A.M. / Macaristan ve *A.K. / Macaristan* başvurularında birinci başvuran sistemik skleroz, ikinci başvuran ise multipl skleroz (MS) hastalığının tedavisinde hint kenevirinden elde edilen ilaçların kullanılmasına ulusal mevzuatın izin vermemesinden şikâyet etmektedir. Hint keneviri içeren ilaçların pazarlanması Macaristan’da yasak olmakla birlikte, Macaristan’daki bir hekim raporuna dayalı olarak pazarlama izni bulunmayan bir ilacın kullanılabilmesi için bireysel ithalat izni verilmesi talebiyle Ulusal Eczacılık ve Beslenme Enstitüsü’ne müracaat edilmesi mümkündür. Mahkeme başvuranların hekiminin veya diğer bir tıp uzmanının hint keneviri içeren ilaçlarla tedavinin gerekli ve uygun olduğuna dair görüşlerini içeren herhangi bir sağlık raporu sunmadıklarını, yalnızca hint keneviri içeren ilaçların ikinci başvuranın hastalığına potansiyel faydalarıyla ilgili bilgiler içeren tıbbi çalışma ve makaleler sunduklarını tespit etmiştir. Her ne kadar dava tarihine kadar hint keneviri içeren ilaçların bireysel ithali yönünde hiçbir talepte bulunulmamış olsa da, bu durumun hekimlerin soruşturmaya uğramaktan korkmaları nedeniyle gerekli reçeteyi yazamadıklarını gösterecek herhangi bir delil veya somut vaka bulunmamaktadır. Başvuranlar hastalıklarının tedavi sürecinde kullanılabilecek ilaçlar hakkında hekimlerine talepte bulun-

⁷⁸ *Durisotto / İtalya* (62804/13), 6 Mayıs 2014, §§ 31-41.

duklarına ve bu taleplerinin hekimleri tarafından reddedildiğine ilişkin bir bilgi vermedikleri gibi, Macaristan'da pazarlanması yasak olan ilaçların bireysel ithali konusunda öngörülen hukuki yola başvurmayı da denememişlerdir. Bu koşullar altında AİHM, başvuranlar iddialarını ispat edemedikleri için AİHS'nin 8. maddesinin ihlaline ilişkin bir emare bulunmadığını belirterek, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.⁷⁹

B. Kürtaj

AİHM'nin önüne gelen biyoetik ile ilgili davalardan en tartışmalı grubu kürtajla ilgili başvuruların oluşturduğu söylenebilir. Bunun nedeni kürtajın salt hukuksal bir mesele olmasının ötesinde dini, ahlaki, kültürel ve toplumsal yönlerinin ağırlık taşımasıdır. Üreme hakları yönünden kürtajı bir kadın hakkı ve eşitlik sorunu olarak görenler bulunduğu gibi,⁸⁰ doğum öncesi yaşamın önemi-ne atfı yaparak isteğe bağlı kürtajın bir insan hakkı olmadığını savunanlar da bulunmaktadır.⁸¹ İki temel yaklaşımdan anlaşılacağı üzere, özellikle isteğe bağlı kürtajla ilgili tartışmalar doğum öncesi yaşam ile kadının özel ve aile yaşamına saygı hakkının sağladığı menfaatler arasında adil bir denge kurulması gereğinden kaynaklanmaktadır. AİHM'nin bugüne kadar kürtajla ilgili başvurular hakkında verdiği kararlarda taraf devletlerin ulusal hukuk kurallarında kürtaja erişim konusundaki farklı düzenlemelere dikkat çekildiği ve devletlerin diğer sağlık sorunları gibi kürtaj konusunda da geniş takdir marjına sahip olduğunun kabul edildiği, buna karşılık isteğe bağlı kürtajın AİHS kapsamında güvenceye alınan bir hak olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Kürtaj konusu doğmamış çocuğun kişiliğinin tanınması ve buna bağlı olarak yaşam hakkının korunması ile yakından ilişkili olup, AİHM'nin mevcut kararlarında bu konuda taraf devletlerin sorumlulukları henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.⁸²

AİHM gündemine gelen kürtajla ilgili başvurular, kürtaj uygulaması konusunda kamuoyunu bilgilendirme amacıyla yapılan birtakım girişimlerin, Sözleşme'ye taraf bazı devletlerdeki toplumsal hassasiyetler nedeniyle orantısız bir şekilde sınırlandırılmasından; özellikle Polonya ve İrlanda'da yasal kürtaja erişimin hukuki koşullarının açıkça düzenlenmemiş olmasından ve uygulamaya yönelik ortaya çıkan birtakım sorunlardan kaynaklanmaktadır. Kürtaj uygulama-

79 A.M. / Macaristan ve A.K. / Macaristan (21320/15 ve 35837/15), 4 Nisan 2017, §§ 44-53.

80 Bkz. Liiri Oja ve Alicia Ely Yamin, "“Woman” in the European Human Rights System: How is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women’s Citizenship?", *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 1, (2016), sa. 62 – 95, s. 67-76.

81 Bkz. Grégor Puppinc, "Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and the New Cultural Trend", *Ave Maria International Law Journal*, 4, 1, (2015), sa. 29 -43, s. 29-36.

82 Bkz. *Vo / Fransa* (53924/00), 8 Temmuz 2004, §§ 74-95.

ması konusunda kamuoyunu bilgilendirme amacıyla yapılan birtakım girişimlerin sınırlandırılması konusu, sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkı kapsamında, bu çalışmanın daha önce yayımlanan birinci bölümünde incelenmiştir.⁸³ Bu nedenle bu çalışmada yasal kürtaja erişimin hukuki koşullarının açıkça düzenlenmemiş olması ve uygulamaya yönelik ortaya çıkan birtakım sorunlarla ilgili başvurular üzerinde durulacaktır.

AIHM'nin yasal kürtaja erişimin engellenmesiyle ilgili Sözleşme ihlali tespit ettiği ilk vaka *Tysiqc / Polonya* davasıdır. İleri derece miyop olan başvuran, üçüncü kez hamile kalınca, hamileliğinin sağlık durumunu olumsuz yönde etkileyeceği endişesiyle hekime müracaat etmiştir. Başvuranın muayene olduğu üç oftalmolog da retinadaki patolojik değişimler nedeniyle, hamileliğin sürdürülmesinin görme yeteneği üzerinde ciddi risk oluşturacağını tespit etmiştir. Ancak retina ayrılması riski kesin olmadığı için başvuranın taleplerine rağmen hekimler hamileliğin sona erdirilmesine onay vermekten kaçınmıştır. Başvuranın danıştığı bir pratisyen hekim, hamileliğin başvuranın retinasında sağlık riski oluşturacağı gibi, önceki iki sezaryenle doğumun ardından üçüncü kez doğum yapmasının da riskli olduğu yönünde rapor vermiştir. Hamileliğin ikinci ayından itibaren başvuranın her iki gözündeki miyop hastalığı ilerlemeye başlamıştır. Başvuranı muayene eden bir kamu hastanesinin kadın hastalıkları ve doğum kliniği şefi, başvurana tedavi amacıyla kürtaj uygulanması için tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı yönünde rapor vermiştir. Bu koşullar altında hamileliğine son veremeyen başvuran, üçüncü doğumunu sezaryenle gerçekleştirmiştir. Doğumun ardından retinal kanama nedeniyle başvuranın görme yeteneği azalmış ve retinadaki değişim ileri aşamada olduğu için cerrahi müdahaleyle düzelmesi mümkün görülmemiştir. Başvuranın sağlık durumunu inceleyen bir sağlık heyeti, başvuranın sağlık sorunları nedeniyle tedaviye ve günlük yardıma ihtiyaç gösterdiği ve ağır engelli olduğu yönünde rapor vermiştir. Başvuran, kürtaj uygulanması için tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı yönünde rapor veren hekim hakkında suç duyurusunda bulunmuş, ancak hekimin kararıyla başvuranın sağlık durumunun kötüleşmesi arasında bir nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesiyle, bölge savcısı tarafından takipsizlik kararı verilmiştir. Söz konusu hekim hakkında herhangi bir disiplin soruşturması da açılmamıştır. Üç çocuğunu yalnız yetiştiren başvuran, ağır engelli olarak kayıtlı olup, görme yetisini tamamen kaybedeceğinden endişe etmektedir.⁸⁴

AIHM *Tysiqc / Polonya* davasında öncelikle hamileliğe son verilmesiyle ilgili hukuk kurallarının özel hayat alanıyla ilgili olduğunu, kadının hamileliği süre-

83 Bkz. Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I", s. 188-190.

84 *Tysiqc / Polonya* (5410/03), 20 Mart 2007, §§ 7-31.

cinde özel hayatının ceninin gelişimiyle yakından ilişkili olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre dava koşullarında kürtajın reddedilmesinin özel hayata müdahale teşkil edip etmediğinin incelenmesine gerek olmayıp, davanın annenin fiziksel bütünlüğünün korunması yönündeki devletin pozitif yükümlülükleri bakımından incelenmesi daha doğrudur. Polonya’da yürürlükte olan hukuk kurallarına göre, iki hekim tarafından hamileliğin annenin hayatı veya sağlığı yönünden risk oluşturduğunun raporla tespit edilmesi halinde hamileliğe son verilmesine müsaade edilmektedir. Polonya kanunları uyarınca, hukuki koşullara aykırı olarak hamileliğe son verdiği tespit edilen bir hekimin üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilmesi mümkündür. Söz konusu müeyyidenin hekimleri tedavi amacıyla kürtaj kararı vermekten alıkoyduğu ileri sürülmekte olup, davalı devlet de kendi adına kanunun uygulanmasından kaynaklanan bazı eksiklikler bulunduğunu kabul etmektedir. AİHM’ye göre, yasal kürtajın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda başvuranla hekimler arasında veya hekimlerin kendi aralarında bir uyumsuzluk olduğu zaman, bu durumu çözümlenecek usul güvencelerinin bulunması gerekmektedir. Böyle durumlarda hamile kadının hukuki konumuna açıklık getirilmesi, kürtaj yasağının caydırıcı etkisinin ve hekimler üzerindeki ceza sorumluluğu riskinin azaltılması gerekmektedir. Kanunla kürtaja müsaade edildikten sonra bunun pratikte uygulanmasını sınırlayıcı düzenlemelerden kaçınılmalı, bağımsız ve yetkili bir organın anneyi dinledikten sonra gerekçeli olarak karar vereceği etkili bir mekanizma oluşturulmalıdır. Bu kararın annenin sağlığına zarar gelmesini sınırlayacak veya önleyecek şekilde uygun zamanda alınması zorunlu olup, durumun olay gerçekleştikten sonra incelenmesi aynı işlevi görmeyecektir. İç hukukta söz konusu önleyici tedbirlerin bulunmaması, devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğurabilir. Somut dava koşullarında sağlık çalışanlarının sorumluluğunu tespit etmeye yönelik hukuki düzenlemeler getirilmiş olsa da, başvuranın tedavi amaçlı kürtaj hakkına sahip olup olmadığı konusundaki uyumsuzluk göz önüne alındığında, davalı devletin başvuranın özel hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği söylenemez. AİHM bu gerekçeyle davalı devlet kurumlarının başvuranın özel hayatına saygı gösterilmesini sağlayacak pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini tespit ederek, AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

A.B. ve C. / İrlanda davası, annenin hayatını tehdit eden gerçek ve önemli bir tehlike bulunmadığı müddetçe, İrlanda’da kürtajın hukuka aykırı olması ve ceza kanunu uyarınca suç teşkil etmesi nedeniyle, üç hamile kadının güç ve uygunsuz şartlar altında İngiltere’de özel bir klinikte kürtaj olmak zorunda kalmalarıyla

⁸⁵ *Tysiqc / Polonya (5410/03)*, 20 Mart 2007, §§ 114-130.

ilgilidir. Birinci başvuran bekâr bir anne olup, dört küçük çocuğu koruyucu aile bakımı altındadır. Alkol sorununun üstesinden gelmek için çaba harcayan başvuran, bir çocuğu daha olması halinde çocuklarının velayetini geri alamayacağından endişe etmektedir. İkinci başvuran bekâr bir anne olmak istememektedir. Başvuranın dış gebelik riski olduğu tespit edilse de, kürtajdan önce bu risk dikkate alınmamıştır. Üçüncü başvuran ise kanser hastası olup, hamileliğinin devamı halinde hayati bir tehlikesinin olup olmadığını, ayrıca hamile olduğunu öğrenmeden önce kendisine uygulanan tıbbi müdahalelerden ceninin nasıl etkilenebileceğini teşhis edecek herhangi bir hekim bulamamıştır.⁸⁶ Birinci ve ikinci başvuran yönünden yurt dışında hukuka uygun olarak kürtaj olma ve kürtaj hakkında bilgiye erişim imkânının bulunduğunu dikkate alan AİHM, İrlanda halkının derin ahlaki değerlerine dayanan kürtajla ilgili sınırlamanın devletin takdir marjını aşmadığı, söz konusu yasağın başvuranların özel yaşamına saygı hakkı ile doğmamış çocuk adına dile getirilen haklar arasında adil bir denge kurduğu sonucuna varmıştır. Üçüncü başvuran yönünden ise AİHM dava tarihinde İrlanda'da tıbbi konsültasyon ve dava yollarının yasal kürtaj hakkının tespit edilebilmesi için etkili ve erişilebilir yöntemler olmadığını kabul etmiştir. AİHM'ye göre, İrlanda'da teorik olarak belli koşullarda mevcut olan yasal kürtaj hakkı konusundaki hukuki belirsizliğe bağlı olarak, Anayasa'da öngörülen yasal kürtajın pratikte uygulanabilirliğini sağlamaya yönelik etkili ve erişilebilir yöntemlerin bulunmaması, davalı devletin üçüncü başvuranın özel hayatına saygı hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirememesine yol açmıştır. Bu nedenle AİHM üçüncü başvuran yönünden AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁷

R.R. / Polonya davasında başvuranın hamileliğinin 18. haftasında yapılan ultrason tetkikinde fetal malformasyon ihtimali teşhis edilmesi üzerine, başvuranın teşhisin kesinleşmesi halinde derhal kürtaj olmak istediğini bildirmiştir. Başvurana amniyosentez testi yaptırması tavsiye edilmiş, ancak hekiminin ve diğer bazı hekimlerin başvuramı gerekli testler için sevk işlemini yapmaması nedeniyle hamileliğin 23. haftasına kadar gerekli tetkikler gerçekleşmemiştir. Başvuranın bu aşamadaki kürtaj talebi de kabul edilmemiştir. İki hafta sonra alınan test sonuçlarına göre bebekte Turner sendromu teşhis edilmiştir. Polonya yasaları uyarınca fetal malformasyon nedeniyle kürtaja hamileliğin ilk 24 haftası içinde izin verildiği için, başvurana kürtaj uygulanamamıştır. Başvuranın sorumlu hekimler hakkında yaptığı şikâyetlerden sonuç alınmasa da, açtığı hukuk davası sonucunda, hekimlerin zamanında genetik testleri gerçekleştirmemeleri

86 *A.B. ve C. / İrlanda (25579/05)*, 16 Aralık 2010, §§ 13-26.

87 *A.B. ve C. / İrlanda (25579/05)*, 16 Aralık 2010, §§ 250-268.

ve sevk talebini reddetme işlemlerine dair kayıt tutmadıkları gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir. AİHM sağlık görevlilerinin gerekli muayeneleri geciktirmesi nedeniyle başvuranın maruz kaldığı belirsizlik ve üzüntünün AİHS'nin 3. maddesinde öngörülen asgari eşiği aştığı gerekçesiyle, 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca başvuranın durumunda tecrübe edildiği gibi, Polonya hukukunda, yasal kürtaj yoluna başvurulabilmesi için gerekli olan muayene ve tetkiklerin yapılabilmesine imkân sağlayacak etkili mekanizmalar bulunmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla Polonya'da iç hukuk kurallarının pratikte uygulanması ile teoride mevcut olan yasal kürtaj hakkı arasında uyumsuzluk ortaya çıkmış ve davalı devlet başvuranın özel hayatına saygı hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği için AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.⁸⁸

P. ve S. / Polonya davası 14 yaşında uğradığı cinsel saldırı sonucunda hamile kalan çocuğa yasal kürtaj uygulanması sürecinde küçüğü ve annesinin karşılaştığı çeşitli güçlükler ve sorunlarla ilgilidir. Olayın medyaya yansıtılması nedeniyle mağdur ve ailesi kürtaj karşıtı kişi ve gruplar tarafından baskı altına alınmaya çalışılmıştır. Hamileliğin işlenen bir suç sonucunda gerçekleştiğine ilişkin güçlü deliller bulunması halinde kürtaj uygulanmasına izin veren Polonya yasalarında açık hüküm bulunmasına rağmen, kürtaj uygulaması geciktirilmiştir. Mağdur çocuk ve ailesini kürtajdan vaz geçirmeyi amaçlayan çeşitli zorlukların ardından, başvuranların yaşadığı şehre yaklaşık 500 kilometre uzaklıkta bulunan bir şehirdeki kamu hastanesinde, adeta gizli saklı bir şekilde kürtaj gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte ailesinin mağdur çocuğu kürtaja zorlayarak velayet yetkisini kötüye kullandığı gerekçesiyle çocuğun velayetinin anneden alınması talebiyle Aile Mahkemesi'nde dava açılmış ve Mahkeme tedbiren çocuğun anneden ayrılarak koruma altına alınmasına karar vermiştir. Mağdurun annesinin Aile Mahkemesi kararına yaptığı itiraz sonucunda tedbir kararı kaldırılmış, ancak çocuk 10 gün boyunca aileden uzak koruma altında tutulmuştur. AİHM, yasal kürtaja erişim konusunda Polonya'da uygulamadan kaynaklanan belirsizlik ve sorunlar olması; ayrıca başvuruların kişisel ve tıbbi bilgilerinin hukuka aykırı olarak, meşru bir amaç olmaksızın açıklanması nedeniyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM çocuğun Aile Mahkemesi kararı uyarınca yaklaşık 11 gün boyunca, önce çocuk sığınma evinde, ardından da hastanede tutulmasını AİHS'nin 5/1. maddesinde güvenceye alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına aykırı bulmuştur. AİHM son olarak, mağdur çocuğun yasal kürtaj uygulanması sürecinde yetkili makamların geciktirici tutumu nedeniyle maruz kaldığı ıstırapın, AİHS'nin 3. maddesinde öngörülen asgari eşiğe ulaştığı gerekçesiyle,

88 *R.R. / Polonya (27617/04)*, 26 Mayıs 2011, §§ 192-214.

Sözleşme'nin bu madde yönünden de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁸⁹

C. Taşıyıcı Annelik

Özellikle geleneksel taşıyıcı annelik yeni bir üreme yöntemi olmamakla birlikte, taşıyıcı anneliğin giderek yaygınlaşan bir uygulama olduğu genel kabul görmektedir. Son zamanlarda yapılan araştırmalar, sınır aşan anlaşmalar dâhil olmak üzere taşıyıcı annelik uygulamasında artış olduğunu göstermektedir. Taşıyıcı annelikle ilgili bütün vakaları ve kesin istatistikleri ortaya koymak mümkün değildir. Bunun birinci nedeni geleneksel taşıyıcı anneliğin herhangi bir tıbbi müdahaleyi gerektirmemesi ve ilgili taraflar arasında gayri resmi olarak gerçekleşebilmesidir. İkincisi, yapay inseminasyonla oluşan taşıyıcı annelik tıbbi müdahaleyi gerektirse de, resmi kayıtlarda bu uygulamanın taşıyıcı annelik olarak geçmesi zorunlu olmadığından, genelde yalnızca *in Vitro Fertilizasyon* (IVF) olarak gösterilmektedir. Üçüncüsü, birçok ülkede yapay inseminasyon uygulaması veya taşıyıcı annelikle ilgili herhangi bir hukuki düzenleme ve izin sistemi bulunmayıp, ticari amaçlı taşıyıcı annelik uygulaması başka türlü yasaklanamayacağı için bazı düzenlemelerde sınırlı olarak yer verilmektedir.⁹⁰

Taşıyıcı annelikle ilgili hukuki sorunlar genelde taraflar arasındaki anlaşmazlıklardan ziyade, çocukların hukuki statüsü ve velayeti konusunda tarafların iradesinin ilgili devletlerce resmen tanınması sürecinde karşılaşılan zorluklardan kaynaklanmaktadır. Birinci senaryoya göre, taşıyıcı anneliği yasaklayan veya bu konuda herhangi bir yasal düzenleme bulunmayan devletlerde taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocukların velayeti konusunda genel kurallar geçerli olmakta ve çocuklar kendileriyle herhangi bir hukuki bağlantısı olmayan ebeveynler tarafından yetiştirilmek zorunda kalmaktadır. Bu durum çocuğu yetiştiren ebeveynlerin velayetten kaynaklanan hukuki sorumluluğunun bulunmaması, nafaka ve miras hükümlerinin uygulanamaması gibi sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Şayet yasal koşulları taşıyorsa, evlat edinme yoluna başvurulmakta veya hukuken mümkünse mahkemeler, çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişkiyi bir dereceye kadar da olsa temin etmek için daha esnek aile hukuku kurallarını uygulamaktadır. Bazı Avrupa ülkelerinde mahkemeler taşıyıcı annelik sözleşmesinin ardından aile hukuku kurallarını uygulamayı tercih ederken, diğerlerinde kamu politikası kapsamında taşıyıcı anneliğin hukuki sonuçları kabul edilmemektedir. İkinci senaryo ise daha karmaşık olup, sınır aşan taşıyıcı anneliğin resmen tanınmasıyla ilgilidir. Burada çocuk sahibi olmak isteyen çift, taşıyıcı annelik anlaşmasının daha kolay ve/veya daha ucuz yapılabileceği bir başka ülkeye gitmeyi tercih et-

89 *P. ve S. / Polonya (57375/08)*, 30 Ekim 2012, §§ 128-137.

90 Laurence Brunet vd., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Brussels (2013), European Parliament, s. 9.

mektedir. Bu durumda yasal velayet konusunda benzer sorunlar yaşansa da, iki ülkenin velayetle ilgili düzenlemeleri birbirinden farklı olduğunda daha ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin; Ukrayna, Rusya ve Kaliforniya kanunlarına göre çocuk sahibi olmak isteyen anne otomatik olarak yasal anne olarak kabul edilirken, Avrupa devletlerinin birçoğunda, doğum nerde gerçekleşirse gerçekleşsin, yasal annelik doğum esasına dayanmaktadır. Benzer sorunlar yasal babalık veya aynı cinsten iki ebeveynin tanınması konusunda da yaşanmaktadır. Bu sorunlar çocuğu hukuken anne-babasız bırakabileceği gibi, vatansız kalmasına da yol açabilmektedir. Taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocukların yurttaşlık statüsünü içeren bir seyahat belgesine sahip olması veya çocuk isteyen çiftin ülkesine girişte çocuklar için vize alma zorunluluğu bulunması durumunda sorun daha da ağırlaşmaktadır.⁹¹

Taşıyıcı annelikle ilgili olarak AİHM önüne gelen *Mennesson / Fransa*⁹² ve *Labassee / Fransa*⁹³ davaları, ABD’de taşıyıcı annelik sonucunda dünyaya gelen çocuklarla ebeveynleri arasında kurulan yasal velayet ilişkisinin Fransa’da tanınmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. Ülke dışında gerçekleştirilen taşıyıcı annelik uygulaması sonucunda kazanılan velayet hakkının Fransa’da tanınması halinde, Fransız Medeni Kanunu’nda kamu politikaları nedeniyle hükümsüz olduğu kabul edilen taşıyıcı annelik sözleşmesine dolaylı yoldan geçerlilik kazandırılacağından endişe edilmektedir. AİHM her iki davayı da hem aile yaşamı, hem özel yaşam açısından incelemiştir. Başvuranlar aile hayatı kavramının kabul gören anlamı doğrultusunda, çocukların doğumundan itibaren onlara bakmışlar ve onlarla birlikte yaşamışlardır. Diğer yandan AİHM’ye göre kimlik hakkı özel hayat kavramının ayrılmaz bir parçası olup, taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocukların özel hayatıyla, biyolojik ebeveynlerinin velayet hakkının hukuken tanınması arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. AİHM başvuranlar yönünden velayet hakkının Fransa’da tanınmaması nedeniyle özel ve aile hayatına yapılan müdahalenin AİHS’nin 8/2. maddesinde yer alan koşullara uygunluğunu incelemiştir. Buna göre müdahale Fransız Medeni Kanunu hükümlerine dayandığı için, kanunda öngörülmüş olma koşulunu taşımaktadır. İkincisi, başvuruya konu olan müdahale, sağlığın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru amaçlara dayanmaktadır. AİHM son olarak müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı konusunda ise taşıyıcı annelik uygulaması hakkında Avrupa’da henüz bir konsensüs bulunmadığını ve önemli etik sorunlar içermesi nedeniyle bu konuda devletlerin geniş

91 Brunet vd., a.g.e., s. 9-10.

92 *Mennesson / Fransa* (65192/11), 26 Haziran 2014.

93 *Labassee / Fransa* (65941/11), 26 Haziran 2014.

bir takdir marjına sahip olduğunu tespit etmiştir. Buna karşılık AİHM, bireylerin kimliğinin temel unsurunu oluşturan velayet konusunda taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjının daha dar olduğuna dikkat çekmiştir. Bu durumda devletin çıkarlarıyla bireylerin çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirten AİHM, çocukların dâhil olduğu davalarda, onların üstün çıkarlarının önce geleceğini vurgulamıştır. AİHM her iki dava kapsamında da başvuranların aile hayatına saygı hakkı yönünden AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine; buna karşılık çocukların özel hayatına saygı hakkı yönünden AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁴

AİHM taşıyıcı annelik uygulamasıyla ilgili olmakla birlikte Fransa aleyhine yapılan başvurulardan farklı unsurlar içeren *Paradiso ve Campanelli / İtalya* davasında özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Paradiso ve Campanelli / İtalya* davasının temel farklılığı, başvuranların Rusya'da taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucunda edindikleri çocuk ile aralarında hiçbir biyolojik bağ bulunmadığının tespit edilmesi; ayrıca İtalya'da yürürlükte bulunan evlat edinmeyle ilgili hukuk kurallarını bertaraf etmek için bu yola başvurulmuş olmasıdır. AİHS'nin 8. maddesi kapsamında kamusal çıkarlarla bireysel çıkarlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını inceleyen Mahkeme, başvuranların çocuğu evlat edinme taleplerinin kabulünün, kendi eylemleriyle yol açtıkları İtalya'nın temel yasalarına aykırı bir durumun, hukuksallaştırılması anlamına geleceğini vurgulamıştır. Diğer yandan AİHM'ye göre İtalyan mahkemeleri, çocuğun İtalya'da kamusal hizmetlerden yararlandığını ve ayrı bir kimliğe sahip olduğunu göz önüne alarak, çocuğun başvuranlardan ayrılmasının ağır ve telafi edilemez bir zarara sebep olmayacağını değerlendirmiş, böylece farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurarak, somut dava kapsamında kendilerine tanınan geniş takdir marjı içerisinde hareket etmiştir.⁹⁵

D. Doku ve Organ Nakli

Doku ve organ naklinin canlıdan veya kadavradan yapılması durumlarında farklı etik ve hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Canlıdan yapılacak nakillerin donörün serbest rızasına dayanması, hayatını ve sağlığını tehlikeye atması öncelikli koşullar arasındadır. Kadavradan yapılacak nakillerde ise ölenin

94 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Gestational Surrogacy", http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf (22 Nisan 2017). AİHM daha sonra Fransa aleyhine yapılan ve benzer iddialar içeren bireysel başvurularda da, taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocuklarla biyolojik ebeveynleri arasındaki velayet ilişkisinin tanınmamasını, çocukların özel hayatına saygı hakkı yönünden AİHS'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur. Bkz. *Foulon ve Bouvet / Fransa (9063/14 ve 10410/14)*, 21 Temmuz 2016; *Laborie / Fransa (44024/13)*, 19 Ocak 2017.

95 *Paradiso ve Campanelli / İtalya (25358/12)*, 24 Ocak 2017, §§ 166-216.

sağlığında doku ve organ bağışında bulunmuş olması; öldükten sonra donörün yakınlarının muvafakatının alınması veya muvafakatin aranmayacağı koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Doku ve organ nakli AİHS’de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilebilecek önemli biyoetik sorunlar içermektedir. Doku ve organ nakli bekleyen hastalara uyumlu doku ve organ temin edilmesinde sağlık hakkının sosyal yönü ön plana çıkıyor gibi görünse de, doku ve organ nakli imkânlarının objektif ve etkili şekilde kullanılması yaşam hakkı, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, özel ve aile yaşamına saygı hakkı ve nihayet eşitlik ve ayrımcılık yasağıyla da bağlantılıdır. Doku ve organ naklinde donörün veya yakınlarının muvafakatının alınması ve muvafakatin aranmayacağı kabul edilebilir koşulların belirlenmesi özel ve aile yaşamına saygı hakkıyla yakından ilişkilidir. Diğer yandan nakil sürecinin doğru yürütülmesi, doku ve organ naklinin gerçekleştirilmesinden kaynaklanan sağlık sorunları, ayrıca nakil sonrasında yaşanabilecek bazı gelişmeler, AİHS kapsamında değerlendirilebilecek potansiyel sorunlara işaret etmektedir.

AİHM’nin organ ve doku nakliyle ilgili olarak bugüne kadar verdiği kararların tamamının Letonya hakkında olduğu görülmektedir. Letonya’da geçmişte yürürlükte olan yasal düzenlemelerden kaynaklanan belirsizlikler nedeniyle, donörün veya yakınlarının muvafakati alınmaksızın nakil işlemlerinin gerçekleştirilmesi Sözleşme’nin ihlaline yol açmıştır. *Petrova / Letonya* davasında bir trafik kazası sonucunda ağır yaralanan başvuranın oğlu, kaldırıldığı hastanede hayatını kaybetmiştir. Ölüm vakasından kısa bir süre sonra laparotomi uygulanarak ölünün böbrekleri ve dalağı organ nakli amacıyla çıkarılmıştır. Başvuran, oğlunun organlarının sağlığında rızası veya ölümünden sonra kendisinin onayı alınmadan çıkarıldığını, bu konuda kendisinin görüşlerini almak için herhangi bir girişimde de bulunulmadığını iddia etmiştir. AİHM başvuranın oğlunun öldüğü sırada organ nakli konusunda Letonya’da yürürlükte bulunan yasal düzenlemelerin yeterince açık olmadığını; ölenin en yakın akrabası olarak organların bağışlanması konusunda başvuranın karar verme yetkisi olduğu halde, bu yetkinin nasıl ve ne zaman kullanılacağına dair kendisine herhangi bir bilgi verilmediğini ve açıklama yapılmadığını tespit etmiştir. AİHM somut dava koşullarında, başvuranın özel hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin, AİHS’nin 8/2. maddesinde yer alan kanunda öngörülmüş olma koşulunu taşımadığı gerekçesiyle, AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹⁶

Elberte / Letonya davası başvuranın ölen eşinin vücut dokularının, ölümünden sonra kendi bilgisi ve rızası olmaksızın adli tıp uzmanları tarafından çıkarılmasıyla ilgilidir. Başvuranın bilgisi olmayan devlet onaylı bir anlaşma uyarınca baş-

96 *Petrova / Letonya* (4605/05), 24 Haziran 2014, §§ 85-98.

vuranın eşine uygulanan otopsi işleminin ardından cesetten doku alınarak, biyo implant yapımı için Almanya'daki bir farmakoloji şirketine gönderilmiştir. Başvuran bu olaydan ancak iki yıl sonra, kanuna aykırı şekilde kadavralardan geniş çaplı doku ve organ alındığı iddialarıyla ilgili olarak açılan bir ceza soruşturması kapsamında haberdar olmuştur. Sorumlular hakkında yürütülen ceza soruşturması sonucunda yetkili makamlar, suç unsurlarının oluşmadığı sonucuna varmıştır. Başvuranın şikâyetlerini öncelikle AİHS'nin 8. maddesi kapsamında inceleyen AİHM, doku alınmasında ilgililerin rızasının bulunması konusunda Letonya hukukunun yeterince açık olmadığı ve keyfi uygulamalara karşı uygun güvenceler içermediği; yasada en yakın akrabaların doku nakline onay verme veya reddetme yetkilerinin olduğu belirtilse de, onay alınması konusunda uzmanların yükümlülüğü ve takdir yetkilerinin açıkça tanımlanmadığını tespit etmiştir. Ayrıca AİHM'ye göre, donörün yakın akrabalarının görüş bildirme hakkını ne şekilde kullanacakları ve onay alma yükümlülüğünün kapsamı konusunda yerel makamlar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. AİHM daha önce *Petrova / Letonya* kararında olduğu gibi, başvuranın özel hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin, AİHS'nin 8/2. maddesinde yer alan kanunda öngörülmesi olma koşulunu taşımadığı gerekçesiyle, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹⁷ AİHM ayrıca başvuranın eşinin bedeninden doku alınması uygulamasının mahiyeti, yöntemi ve amacı hakkında uzun süre belirsizlik ve ısraba maruz kaldığına, doku ve organ nakli konusunda insan bedenine ölümünden sonra bile saygı gösterilmesi gerektiğine dikkat çekerek, başvuran yönünden AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁸

E. Ölme Hakkı

Ölme hakkı ve ötenazi tıp, felsefe ve hukuk gibi farklı disiplinlere konu olmakla birlikte, konunun iki temel ekseninde tartışıldığı söylenebilir. Birincisi, insan yaşamına yüklenen özel değerden yola çıkarak, genellikle ölme hakkına karşı çıkmaktadır. İnsan yaşamına yüklenen değer yaşamın kutsallığı inancıyla dini bakış açısıyla ele alınabildiği gibi, yaşama hakkının dokunulmazlığı düşüncesiyle doğa ve toplum kaynaklı bakış açısıyla da ele alınabilmektedir. Her iki yaklaşım da yaşamdan ya da yaşama hakkından kişinin kendi iradesi ile vazgeçebileceğini kabul etmemektedir. İkinci temel eksen ise yaşamın niteliği ve kişinin yaşam üzerinde tasarrufta bulunma hakkı doğrultusundadır. Bu yaklaşım, bazı din adamları tarafından dinin farklı yorumlanması yoluyla savunulabildiği gibi, doğa ve toplum

⁹⁷ *Elberte / Letonya* (61243/08), 13 Ocak 2015, §§ 105-117.

⁹⁸ *Elberte / Letonya* (61243/08), 13 Ocak 2015, §§ 135-143. AİHM bu konuda, AK İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakliyle ilgili Ek Protokolde benzer düzenleme ve güvenceler bulunduğu dikkat çekmiştir.

kaynaklı görüşler tarafından da benimsenmektedir. Seküler yaklaşım olarak nitelendirilebilecek görüşlerden ilki, hayatın kötü niteliğinin, onu yaşanmaz hale getirdiğini, bu nedenle kötü hayatı uzatmamak gerektiğini evrensel ve genel bir ilke olarak kabul ederken; ikincisi, kişinin kötü hayatı uzatıp uzatmamak arasında kişisel bir tercih yapabileceğini savunmaktadır. Ölme hakkını kabul eden görüşlerden ilki yeni bir değere, ikincisi kişisel özerkliğe dayanmakta, ancak her iki görüş de ötanazinin hukuka uygun olması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁹

Ölme hakkı, intihar, intihara yardım ve ötanazi konuları AİHM tarafından başta yaşam hakkı olmak üzere, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ile özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında incelenebilmektedir.¹⁰⁰ Ölme hakkı AİHS’de güvenceye alınan haklar bakımından dört temel sorun etrafında değerlendirilebilir. Bunlardan birincisi, yaşamın, dolayısıyla yaşam hakkının hukuki korumasının ne zaman sona ereceğidir. Tıpkı yaşamın ne zaman başladığı gibi, ölümün ne zaman gerçekleştiği konusunda, gerek Avrupa’da gerek dünyanın diğer bölgelerinde bilimsel ve hukuksal olarak kesin bir görüş birliği yoktur. Üzerinde tam bir uzlaşma olmayan ölümün gerçekleşme anının belirlenmesini gerektiren başvurularda, AİHM’nin bu konuyu da, kürtajla ilgili kararlarında olduğu gibi, esas olarak taraf devletlerin takdirine bıraktığı söylenebilir.¹⁰¹

İkincisi, klinik ölümü gerçekleşen bir hastanın, yaşam destek ünitesine bağlı olarak hayatta kalması sağlanarak, ölüm sürecini uzatmanın uygun olup olmadığıdır. Burada Sözleşme’den kaynaklanan sorun, klinik ölümü gerçekleşen hastaların yaşam destek tedavisine son verilmesine hukuken olanak tanıyan devletlerde hastanın yaşam hakkının gereği gibi korunup korunmadığının tespit edilmesidir.¹⁰² AİHM *Lambert vd. v. Fransa* davasında, geçirdiği bir kaza sonucunda geri dönüşümsüz beyin hasarı oluşan ve yapay beslenme ve hidrasyonla yaşam destek tedavisi uygulanan hastanın, sağlık raporu üzerine tedavisine son verme kararı alınması ve kararın Fransız Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmasını, davalı devletin yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerine aykırı görmemiştir.¹⁰³

99 Sibel İnceoğlu, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, İstanbul (1999), Ayrıntı Yayınları, s. 15-16.

100 Bkz. European Court of Human Rights, “Factsheet – End of Life and the European Convention on Human Rights”, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf (22 Nisan 2017).

101 Douwe Korff, *The Right to Life: A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg (2006), Council of Europe Publishing, s. 15.

102 Korff, a.g.e., s. 15-16.

103 *Lambert vd. v. Fransa (46043/14)*, 5 Haziran 2015, §§ 136-182. Diğer yandan AK Parlamento Meclisinin 1418 (1999) sayılı tavsiye kararında, terminal ve ölüm sürecinde olan hastalara, tedavinin yan etkileri yaşam süresini azaltsa dahi, hastaların aksi yönde tercihi bulunmadığı sürece, ağrı giderici ve palyatif bakım tedavisi uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16722&lang=en> (22 Nisan 2017).

Üçüncüsü, devletlerin yaşamak istemeyen bir kişinin rızası hilafına yaşam hakkını koruma yükümlülükleri bulunup bulunmadığı; kişilerin kendi yaşamına son verme hakkı veya kendi yaşamına son verilmesi için yardım alma hakkı olup olmadığıdır. Burada öncelikle kişinin kendi yaşamına son verecek davranışlarda bulunmaya serbest rızasıyla karar verebilecek durumda olması, ayrıca devletin koruma ve gözetimi altında bulunmaması önem taşımaktadır. Hukuka uygun olarak kişi özgürlüğü sınırlanan gözaltındaki, tutuklu ve hükümlü şahıslar yönünden devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, bu şahısların kendi yaşamına son verme yönündeki bir girişimlerine hukuki sınırlar dâhilinde engel olmasını gerektirmektedir.¹⁰⁴ AİHM'nin *Pretty / Birleşik Krallık* kararında temel ilkelerini ve gerekçelerini ortaya koyduğu üzere, tedavisi mümkün olmayan bir rahatsızlığı bulunan ve hastalığın son aşamalarında duyduğu acı ve ıstıraba son vermek isteyen başvuranın, kendi yaşamına son veremediği için -herhangi bir cezai soruşturmaya uğramayacağı güvencesi verilmesi koşuluyla- eşinden bu konuda yardım almak istemesinin, davalı devletin yetkili kurumları tarafından reddedilmesi, Sözleşme'ye aykırılık oluşturmamaktadır.¹⁰⁵ Bu durumda serbest rızasıyla karar verebilecek durumda olan, ayrıca devletin koruma ve gözetimi altında bulunmayan şahısların kendi yaşamına son vermesinin AİHS çerçevesinde ilke olarak bir sorun teşkil etmeyeceği; ancak taraf devletlerin kendi yaşamına son vermek isteyen şahısların yardım alma hakkını tanıma yükümlülüklerinin de bulunmadığı söylenebilir.

Dördüncüsü, hastanın rızasını ortaya koyabilecek durumda olmaması halinde, devletin acıya son vermek amacıyla hastanın yaşamına son verilmesine müsaade edip edemeyeceğidir. AİHM'nin sağlıkla ilgili başvurular hakkında verdiği kararlarında kişisel özerklik kavramına yaptığı vurgu göz önüne alındığında, -davanın özel koşulları farklı yönde karar alınmasını gerektirmedikçe¹⁰⁶- kişinin iradesi dışında yaşamına son verilmesi, taraf devletlerin AİHS'nin 2. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine aykırılık teşkil edebilir.¹⁰⁷ Palyatif bakım tedavisinin sağlanması devletlerin sorumluluğunda olmakla birlikte, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde devletlerin çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurma zorunluluğu nedeniyle, bilimsel ve objektif temellere dayanan düzenleme ve uygulamalar, AİHM tarafından dava koşulları kapsamında değerlendirilecektir. Ancak devletlerin bu konudaki takdir marjının ölme hakkıyla ilgili diğer sorunlardan daha dar yorumlanacağı söylenebilir.

104 Korff, a.g.e., s. 15-17.

105 *Pretty / Birleşik Krallık* (2346/02), 29 Nisan 2002, §§ 37-42, 61-78.

106 Örneğin; bkz. *Lambert vd. v. Fransa* (46043/14), 5 Haziran 2015, § 181.

107 Korff, a.g.e., s. 16-17.

AİHM *Pretty / Birleşik Krallık* davasında ölme hakkının AİHS’de güvenceye alınan hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilemeyeceğini, taraf devletlerin yasalarında düzenlenen genel nitelikli intihara yardım etme yasağının AİHS’ye aykırı olmadığını tespit etmiştir. AİHM’ye göre, intihara yardım etmenin tamamen yasaklanmış olması özel hayata orantısız bir müdahale oluşturmamaktadır.¹⁰⁸ AİHM *Haas / İsviçre* davasında ise AK üyesi devletler arasında bireyin kendi yaşamına nasıl ve ne zaman son vereceğine karar verme hakkı konusunda uzlaşma bulunmadığına dikkat çekmiştir. Devletlerin büyük çoğunluğu kişinin yaşamının korunmasına, yaşamına son vermesinden daha fazla ağırlık vermekte olup, bu konuda taraf devletler geniş bir takdir marjına sahiptir. AİHM’ye göre, İsviçre’de yaşamına son vermek amacıyla sodyum pentobarbital adlı ilacı satın almak isteyenlerden, tıbbi rapor almalarının istenmesi, kişilerin intihar konusunda acele edip, sürecin istismar edilmesini önlemeye yönelik meşru amaçlara dayanmaktadır. İntihara yardıma izin verilebilmesi için öngörülen tıbbi rapor, psikiyatrik değerlendirme ekseninde olup, kişinin yaşamına son verme kararının kendi özgür iradesine dayandığını tespit ederek, devletin yaşam hakkının korunması konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirilmesine hizmet etmektedir.¹⁰⁹

AİHM’nin *Gross / İsviçre* davası hakkındaki 14 Mayıs 2013 tarihli “Daire” kararında klinik bir rahatsızlığı bulunmamakla birlikte yaşamına son vermek isteyen yaşlı bir kadının intiharına yardım için öldürücü dozda ilaç almasına İsviçre makamları tarafından müsaade edilmemesi nedeniyle, İsviçre hukukunda intihara yardıma izin verilmesi konusunda yeterince açıklık bulunmadığı sonucuna vararak, AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak daha sonra davanın havale edildiği Büyük Daire, başvuranın şikâyetlerinin esasıyla ilgili önem arz eden, ölümüyle ilgili bilgilerin avukatına ve dolayısıyla Mahkeme’ye açıklanmaması konusunda özel önlemler aldığını tespit ederek, başvuranın bu davranışını başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. Bu nedenle AİHM Büyük Dairesi, *Gross / İsviçre* davası hakkındaki “Daire” kararını kaldırarak, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹¹⁰

Koch / Almanya davasında, kuadripleji hastalığı nedeniyle çektiği acı ve ıstıraplara son vermek için Almanya’da evinde öldürücü dozda ilaç alarak intihar etmesine izin verilmesi yönünde Farmakolojik ve Tıbbi Ürünler Federal Enstitüsü’ne müracaat eden başvuranın eşinin talebi uygun görülmemiştir. Başvuran ve eşinin bu karara yaptığı idari itiraz da ilgili kurumlar tarafından

108 *Pretty / Birleşik Krallık* (2346/02), 29 Nisan 2002, §§ 37-42, 61-78.

109 *Haas / İsviçre* (31322/07), 20 Ocak 2011, §§ 50-61.

110 *Gross / İsviçre* (67810/10), 30 Eylül 2014, §§ 28-37.

reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran ve eşi İsviçre’de bir kliniğe gitmiş ve başvuranın eşi klinik görevlilerinin yardımıyla yaşamına son vermiştir. Olayın ardından başvuranın, eşi hakkında alınan idari kararın hukuka aykırı olduğunun tespiti amacıyla idare mahkemesinde açtığı dava reddedilmiştir. Temyiz ve anaya şikâyetinden de sonuç alamayan başvuran, iç hukukta mahkemelerin şikâyetlerinin esasını incelemeyen reddetmeleri nedeniyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM başvuran ve eşi arasındaki yakın ilişkiye ve başvuranın eşinin yaşamına son verme talebinin yerine getirilmesi sürecine yakından dâhil olduğuna dikkat çekerek, başvuranın söz konusu idari karardan doğrudan etkilendiğinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. AİHM Alman mahkemelerinin başvuranın şikâyetlerini esastan incelemeyi reddetmesi nedeniyle, başvuranın AİHS’nin 8. maddesi kapsamındaki usuli haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM intihara yardıma izin verilmesi konusunda AK üyesi devletler arasında uzlaşma bulunmadığına dikkat çekerek, başvuranın şikâyetlerinin esası hakkında yapılacak incelemenin Alman mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu ifade etmiştir.¹¹¹

Sonuç

AİHM’nin AİHS ve Ek Protokoller kapsamında önüne gelen başvurular hakkında verdiği kararlarda ortaya çıkan husus, diğer insan haklarında olduğu gibi, sağlık hakkı konusunda yorum yetkisine sahip organların izleyeceği yöntem ve benimseyeceği yaklaşımın, hakkın içerik ve kapsamının tespit edilmesinde önemli ve belirleyici bir role sahip olduğudur.¹¹² AİHM, sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili başvurular hakkında davalı devletler tarafından yapılan konu yönünden (*ratione materiae*) yetkisizlik itirazlarını, zaman içinde AİHS ve Ek Protokollerde yer alan hakların uygulanabilirliğini (*applicability*) geniş yorumlayarak reddetmiş ve böylece taraf devletlerde sağlıkla ilgili yaşanan çeşitli sorun ve eksiklikleri gündeme getirmiştir. Bu yolla AİHM, geleneksel olarak sosyal haklar arasında değerlendirilen sağlık hakkının yargısal yollarla korunması konusunda, ulusal ve diğer uluslararası yargı organları için yol gösterici rol oynamıştır.

AİHM’nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili kararları genel olarak incelendiğinde, taraf devletlerin, bireylerin sağlığını etkileyen icrai veya ihmali davranışları yoluyla yaptıkları müdahalelerin başta yaşam hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkı olmak üzere, AİHS ve Ek Protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açabileceği görülmektedir. Çevresel riskler gibi AK üyesi devletlerin hemen tamamını ilgilendiren ortak sağlık sorunları olduğu gibi, belli dezavan-

111 Koch / Almanya (497/09), 19 Temmuz 2012, §§ 65-72.

112 Bkz. John Tobin, *The Right to Health in International Law*, Second Edition, Oxford ve New York (2012), Oxford University Press, s. 118.

tajlı gruplar hakkındaki ayrımcılık yasağı ve kürtaj gibi biyoetik ile ilgili bazı sorunlar yönünden özellikle belirli AK üyesi devletleri ilgilendiren sağlık sorunları da olduğu dikkat çekmektedir. AİHM'nin özellikle sağlıkla ilgili bir Sözleşme ihlaliyle bağlantılı olarak, AİHS'nin 46. maddesi uyarınca davalı devlet tarafından alınabilecek tedbirlerin neler olabileceği konusunda tavsiyelerde bulunduğu kararları, AK Bakanlar Komitesi'nde yapılacak denetimin kapsamı konusunda yol gösterici nitelik taşımaktadır. Bu sayede AİHM'nin, AİHS ve Ek Protokollerle sınırlı da olsa, taraf devletlerde sağlık hakkının gelişimi ve sağlıkla ilgili sorunların çözümüne katkıda bulunduğu söylenebilir.

AİHM'nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili kararlarında dikkat çeken bir diğer husus ise ölme hakkı ve ötenazide olduğu gibi, sağlıkla ilgili insan hakları sorunları konusunda taraf devletler arasındaki uzlaşmanın veya genel eğilimin zaman içinde AİHM'nin yorumları üzerinde de etkili hale gelmesidir. Örneğin; AİHM'nin *Pretty / Birleşik Krallık* kararındaki katı yaklaşımın, *Gross / İsviçre* davasındaki "Daire" kararında ayrıca *Koch / Almanya* kararında daha esnek ve genişletici bir nitelik kazanmaya başladığı söylenebilir. Bu nedenle özellikle biyoetik ile ilgili sağlık sorunlarında AİHM'nin zamanla daha esnek ve genişletici bir yorum yöntemi benimseyebileceği anlaşılmaktadır. Ancak AİHM'nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili sorunlarda her bir başvuruyu kendi özgün koşulları çerçevesinde incelediğini ve taraf devletlerin takdir marjını ortadan kaldıracak genel söylemlerden kaçınmaya çalıştığını, dava koşullarında küçük gibi görülebilecek bazı farklılıkların, davanın sonucu konusunda belirleyici olabileceğini gözden kaçırmamak gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, 2010, http://www.echr.coe.int/Documents/ Handbook_non_discrim_law_TUR.pdf (1 Temmuz 2014).
- Brunet, Laurence vd., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament, Brussels, 2013.
- Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Second Edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2012.
- Decaux, Emmanuel, “Conclusions of the Chair”, *Non-Discrimination: A Human Right. Seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.
- Dijk, Peter Van, vd. *Theory and Practice of the ECHR*, Fourth Revised Edition, Mortsel Intersentia, 2006.
- European Court of Human Rights, Factsheet - Health, http://www.echr.coe.int/Documents/ FS_Health_ENG.pdf (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, “Factsheet – End of Life and the European Convention on Human Rights”, http://www.echr.coe.int/Documents/ FS_Euthanasia_ENG.pdf (22 Nisan 2017)
- European Court of Human Rights, Factsheet – Environment and the ECHR, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf (22 Nisan 2017).
- European Court of Human Rights, Factsheet – Gestational Surrogacy, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf (22 Nisan 2017).
- Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2011.
- Greer, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- İnceoğlu, Sibel, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.
- Karakul, Selman, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukuki Yollar ve Siyasi Zorluklar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 6, 15, 2014, sa. 21 – 54.
- Karakul, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 2, 2016, sa. 169 – 206.
- Korff, Douwe, *The Right to Life: A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.
- Office of the High Commissioner for Human Rights, “CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, <http://www.refworld.org/pdfid/4538838do.pdf> (26 Kasım 2016).
- Oja, Liiri ve Yamin, Alicia Ely, ““Woman” in the European Human Rights System: How is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women’s Citizenship?”, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 1, 2016, sa. 62 – 95.
- Ovey, Clare ve White, Robin, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2002.

- Plomer, Aurora, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, Cavendish Publishing, Londra, 2005.
- Puppinc, Grégor, “Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and the New Cultural Trend”, *Ave Maria International Law Journal*, 4, 1, 2015, sa. 29 – 43.
- Tobin, John, *The Right to Health in International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2012.
- Vasak, Karel, “A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *The Unesco Courier*, 30, 10, 1977.
- Weston, Burns H., “Human Rights: Concept and Content”, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, Ed: Richard Pierre Claude ve Burns H. Weston, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.
- World Health Organization, “*Constitution of the World Health Organization*”, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (26 Kasım 2016).
- *Elektronik Kaynaklar*
- <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16722&lang=en> (22 Nisan 2017).
- [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (22 Nisan 2017).
- <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164> (22 Nisan 2017).
- https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=P2Q75T9z (22 Nisan 2017).

ÖZ

Bu makale, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM veya Mahkeme) sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili konular hakkındaki kararlarını ele alan ve iki bölümden oluşan çalışmanın, ikinci bölümünü oluşturmaktadır. Bugüne kadar verilen AİHM kararları her ne kadar AİHS kapsamında sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili konularda bir teorik temel oluşturmaktan uzak olsa da, uluslararası insan hakları hukukunda sağlık hakkının geliştirilmesinde en etkili araç olmayı sürdürmektedir. Konuyla ilgili önceki çalışmada, AİHM kararları çerçevesinde sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar, gizlilik, sağlıkla ilgili kişisel verilerin korunması ve kişisel tıbbi kayıtlara erişim ile son olarak korunmaya muhtaç bazı grupların sağlık sorunları ele alınmıştır. Bu çalışmada ise AİHM kararlarında sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili görülen diğer sorunlar arasında sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağı, çevre ve sağlık, ayrıca biyoetik ile ilgili konular üç ana başlık altında incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Sağlık hakkı, Sağlıkla ilgili haklar, Biyoetik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (TCK m. 106)*

Offense of Threat in the Light of Supreme Court Decisions under the Turkish Penal Codes No. 5237 (TPC Ar. 106)

Alaaddin EGEMENOĞLU**

ABSTRACT

With the sanctions results from the orders and prohibitions brought by the state, it makes possible for the society to live in peace. The act of threat is not only a disruption to the inner peace of the other side, but it also has the qualification to suppress the will of the answerer. In order for society not to get exposed to threaten, due to criminal policy the law maker protects the society under the 106th article of Turkish Penal Code The threat posed as an element of crime or an aggravating cause in the special provisions of the Turkish Penal Code and in the criminal provisions of special laws also indicates the general and complementary normality as such.

Keywords: Threat, Intellectual congregation, Abstract danger.

Giriş

Tehdit suçu TCK'nın 106. maddesinde düzenlenmiştir. Bu suç tipi TCK'nın yürürlüğe girmesiyle değişikliğe uğramıştır. ETCK döneminde tehdit suçu hürriyet aleyhinde işlenen cürümler kısmında 188 ve 191'inci maddelerinde düzenlenmişti.

Tehdit suçunun kanuni tanımı incelendiğinde failin cezalandırılabilmesi için soyut tehlikenin mevcudiyetinin arandığı görülmektedir. Soyut tehlike suçlarında hareketin gerçekleşmesi suçun oluşumu için yeterli sayıldığından ayrıca teh-

* Makale gönderim tarihi: 01.06.2017. Makale kabul tarihi: 19.06.2017.

** Öğr. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dah. İletişim: İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. İkinci-ler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

likeliliğin hâkim tarafından araştırılmasına gerek yoktur. Soyut tehlikenin varlığı başlı başına suçun meydana gelmesi için yeterli değildir. Kanun koyucu ayrıca belli haklara yönelik ihlal aramaktadır. Bu ihlali iki şekilde incelemiştir. İhlalin kişinin kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik gerçekleştirilmesi kanunda temel ceza olarak öngörülmüştür. Ancak ihlal kişinin kendisinin veya yakınının malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle işlenmiş ise ilk duruma nazaran daha az ceza öngörülmüştür. Bunun dışında kanun koyucu suçun temel cezasını artıran nitelikli haller düzenlemiştir.

TCK'nın 106. maddesinde düzenlenen hareketin soyut tehlike doğurmaya elverişli olmasının aranmasının yanında tehdit suçu başka suçlarda da ortaya çıkabilmektedir. Bu suç, TCK'nın özel hükümler kısmında düzenlenen suçlarla içtima ilişkisine girebilmektedir. Bu suça ilişkin içtima hükümlerini ve tehdit suçuyla benzer suçlar arasındaki mukayeseyi inceleyeceğiz. Daha sonra mukayeseli hukukta tehdit suçunu ele alacağız.

Bu çalışmada tehdit suçunun unsurlara ayırıp incelenmesi, bu kapsamda suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren kişinin cezai sorumluluğu ve uygulamada bu suç tipine ilişkin meydana gelebilecek problemlerin çözümüne dair tespitlerimiz yer almıştır.

I. Tehdit

A. Genel Bilgiler

Hürriyete karşı suçlar TCK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabının kişilere karşı suçları düzenleyen ikinci kısmının hürriyete karşı suçlar başlığını taşıyan yedinci bölümde düzenlenmiştir. Bu kısımda tehdit (m.106), şantaj (m. 107), cebir (m. 108), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109), eğitim ve öğretimin engellenmesi (m. 112), kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi (m. 113), siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (m. 114) inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (m. 115), konut dokunulmazlığının ihlali (m. 116), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m. 118), haksız arama (m. 120), dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (m. 121), ayrımcılık (m. 122), kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (m. 123), haberleşmenin engellenmesi (m. 124) suçları yer almaktadır.

İrade ve davranış serbestisini kapsayan hürriyetin¹ ihlali halinde TCK hürriyete karşı suçlar bölümünde faili cezalandırmaktadır. Hürriyete karşı suçlardan

1 Çetin Özek, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", *İÜHF*, C. 29, S. 4, sa. 933 – 995, s. 934.

tehdit TCK'nın özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın "kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısmının "hürriyete karşı suçlar" başlıklı yedinci bölümününün 106'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Tehdit sözlükte "gözdağı" olarak ifade edilmektedir². Tehdit TCK'da farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak 28'inci maddesinde, bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak 80, 84, 103, 104, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 148, 213, 223, 235 vb. maddelerinde düzenlendiği görülmektedir.

Tehdit suçunun TCK'nın 106'ncı maddesindeki düzenlemesi şu şekildedir;

"(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Tehdidin; a) Silahla,

b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,

c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, İşlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

B. Tarihçe

Tehdit suçunun değerlendirilmesi bakımından ETCK'dan TCK'ya geçiş önem arz etmektedir. ETCK özgürlüğe karşı suçlar kısmında kaynak olarak İCK sistemini benimsemiştir. ETCK ve TCK'da hürriyete karşı suçlar bir bölüm halinde birlikte düzenlenmiştir. Tehdit suçu İCK'nın 156'ncı maddesinde düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesi incelendiğinde ilk fıkrası bir kimsenin ağır ve haksız bir zarar uğrattığı beyanı ile tehdidi üçüncü fıkrasında ise, ağır ve haksız beyanda bulunmanın dışında başka bir şekilde meydana gelmiş olan tehditlerden bahsetmektedir³.

2 www.tdk.gov.tr (ET: 27.03.2017).

3 İCK m. 156: "(1) Her kim, kanunda yazılı hallerin haricinde bir kimseyi ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirecek tehdit ederse altı aya kadar ağır hapis cezası verilir. Eğer tehdit fiili yüz elli dördüncü maddenin birinci fıkrasında gösterilen suretlerden biriyle yapılırsa ceza üç aydan bir seneye kadar ağır haptir. (2) Ağır hapis cezası altı aydan aşılmayan bir miktarda tatbik edildiği takdirde emniyeti umumiyeye nezareti altında bulunmak cezası da zam ve ilave edilir. (3) Sair tehdit fiilleri için ceza yüz lireye kadar para cezasıdır. Ve bu bapta şikâyetname olmadıkça tatbikat yapılamaz." Majno, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Sevinç Matbaacılık, C. III, Ankara, 1980, s. 123.

ETCK'da ise, tehdit suçunun İCK'ya paralel bir şekilde “*İkinci Bap: Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler*” başlığında “*Üçüncü Fası: Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler*” başlığı altında 191'inci maddesinde⁴ düzenlendiği görülmektedir. Bir kişiye karşı haksız ve ağır zarara uğratacağından bahisle tehdit söyleminde bulunmak ve bu içerikte olmayan herhangi bir şekilde tehdit söyleminde bulunmak şeklinde kanunun tehdit suçunun cezalandırılmasında ayrıma gittiği ortaya çıkmaktadır. İlk duruma hapis cezası ikinci durumda ise, adli para cezası öngörülmüştür.

Tehdit suçu TCK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenmiştir. TCK m. 106 ile ETCK m. 191 arasında farklılıklar bulunmaktadır. TCK'da şikâyete tabi olup olmamasına ve yöneldiği konuya göre ayrımlar yapılmıştır. ETCK'da böyle ayrımlar öngörülmemiştir. TCK'da tehdidin temel şeklinde mağdurun “*kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle*” tehdit edilmesi aranmaktadır. Savcılık suç haberini aldığı andan itibaren kamu davası açabilir⁵. Suçun temel şekline nazaran daha az ceza verilmesi öngörülen malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdidin takibi şikâyete bağlanmıştır⁶.

ETCK'da tehdidin yöneldiği hukuki değer açıkça ortaya konulmamıştır. Haksız saldırılara ilişkin TCK'nın 106'ncı maddesinde olduğu gibi bir ayrıma tabi tutularak her iki durum için farklı yaptırımlar öngörülmemiştir. TCK'da tehdidin hedef aldığı hukuki değer açıkça ortaya konulmuştur. ETCK'da bu açıklık

4 ETCK m. 191: “*Bir kimse kanunda yazılı hallerin haricinde başkasına ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit ederse altı aya kadar hapis olunur. Eğer tehdit fiili yüz seksen sekizinci maddenin üçüncü fıkrasında gösterilen suretlerden biriyle yapılır ise failin göreceği hapis cezası altı aydan iki seneye kadardır ve buna bir sene müddetle emniyeti umumiye nezareti altında bulunmak cezası dahi zam ve ilave olunabilir. Sair tehdit için alınacak ağır cezaı nakdi otuz liradır. Ancak bu bapta mutazarrır olan şahıs tarafından şikâyetname verilmedikçe takibat yapılmaz.*”

5 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, Ankara 2016, s. 44 - 46.

6 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 339 - 340; Nitekim TCK m. 106 gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*Maddenin birinci fıkrasında yapılan tanımda, tehdidin yöneldiği hukuki değere göre bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, tehdidin, mağdurun kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılması, söz konusu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Buna karşılık, tehdidin, mağdurun malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle yapılması ise, suçun temel şekline göre daha az cezaı gerektirmektedir. Ayrıca, bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun şikâyetine bağlı kılınmıştır.*”

bulunmamaktadır. Ağır⁷ ve haksız zarara⁸ uğratacağını bildirmek gibi genel bir ifade kullanılmıştır. TCK'nın kişi haklarını daha etkin korumayı amaçlandığı söylenebilir. Ancak tehdit suçunun temel şeklinde manevi değerlerin koruma altına alınmadığı görülmektedir. Şeref ve haysiyet gibi manevi değerlerin TCK'nın 106'ncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde bulunan “*sair bir kötülük edeceğinden bahisle*” ifadesi ile madde kapsamına alındığı görülmektedir⁹.

Tehdit suçunun düzenlendiği TCK'nın 106'ncı maddesi ETCK'nın 188/1 ve 191'inci maddelerinde düzenlenen şartlı tehdit – basit tehdit ayrımını da sona erdirmiştir¹⁰. ETCK m. 188/1'de düzenlenen suç tipinde fail mağduru belirli bir hareket yaptırmak için ya tehditte bulunmalı ya da zor kullanmalıydı. ETCK m. 191'de ise bir kimse başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit etmesi cezalandırılmaktaydı. Şartlı tehdit suç işlenmesi için kullanılan baskı araçlarındandır. Şartlı tehdit manevi cebir niteliğindedir. Ancak mağdura karşı tehditle yapılan baskının korkutucu niteliği mağduru zorlamaya iradesini baskı altına almaya elverişli ve ciddi olması gereklidir. Şartlı tehdit emredici bir nitelik taşıdığı halde tehditte böyle bir nitelik bulunmamaktadır. Örneğin, “*eğer evden çıkarsan seni gebertirim*” sözü şartlı ve emredici bir tehdit olduğundan tehdide ilişkin ETCK m. 191 değil şartlı tehdide ilişkin ETCK m. 188/1 uygulanır¹¹. TCK'nın 106'ncı maddesi hem basit hem de şartlı tehdidi kapsayıcı bir düzenlemedir. Madde gerekçesinde de bu husus dile getirilmiştir¹². Kanun koyucu bu durumu gözeterik ayrımları ortadan kaldırmıştır.

C. Korunan Hukuki Değer

Hürriyete karşı suçlardan tehditte korunan hukuki değer kişilerin huzuru, güvenliği ve esenliğidir. Bu suçla amaçlanan kişilerin korkusuz, endişe duymadan, huzur içinde ve emniyet duygusuyla yaşamasının sağlanması iç huzurunun bo-

7 “Ağır zarar, somut olaydaki etkisi bakımından değerlendirilir. Mağdurun yaşamına, bedenine yönelmesi durumunda zararın varlığında kuşku yoktur. Ölüm ve yaralamayı ifade eden tehditler gibi.” İsmail Malkoç, Mahmut Güler, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Adil Yayınevi, Ankara, 1999, s. 1367.

8 “Haksız zarar, failin sahip olduğu bir yetkiyi, bir hakkı kullanacağını bildirmesi, muhatabını zarara sokacak bir sonuç ve durum doğuracak olsa bile suç oluşmaz. Suçun ihbar edileceğinin bildirilmesi durumunda da haksız zarar söz konusu olmaz. Haksız zarar için zarar verileceğinin bildirilmesinin haksız olması gereklidir.” Malkoç, Güler, s. 1367.

9 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 340.

10 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 340; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2016, s. 393.

11 Abdullah Pulat Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C. II*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 64, İstanbul, 1988, s. 484 - 485.

12 TCK m. 106 Gerekçesi: “Tehdit hâlinde kişi, tehdit konusu tecavüzün ileride vuku bulacağı beyanıyla korkutularak, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır, mecbur edilmektedir.”

zulmasının ve karar verme hürriyetinin engellenmesinin önüne geçilmesidir¹³.

Tehdit suçu ile korunan hukuki değer belirlenmesi açısından öne sürülebilecek hususlardan biri ise TCK'nın 106'ncı maddesinin gerekçesinde mevcuttur. Nitekim madde gerekçesinde korunan hukuki değer; "...*tehdidin koruduğu hukukî değer, kişilerin huzur ve sükûnudur; böylece kişilerde bir güvensizlik duygusunun meydana gelmesi engellenmektedir. Bu nedenle, söz konusu madde ile insanın kendisine özgü sulh ve sükûnuna karşı işlenen saldırılar cezalandırılmış olmaktadır. Fakat tehdidin bu maddeyle korumak istediği esas değer, kişinin karar verme ve hareket etme hürriyetidir*" şeklinde ifade edilmiştir.

D. Benzer Suçlarla Mukayesesi

1. Şantaj Suçu (TCK m. 107)

Şantaj suçu TCK'nın 107'nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı kanunla ilave edilmiştir. Şantaj suçunda şantajda bulunan (fail), hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle şantaja maruz kalan kişiyi (mağdur) belli bir şekilde harekette bulunmaya zorlamaktadır.

Şantaj suçunu meydana getirecek hareketlerden biri de TCK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması durumunda da şantaj suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu maddeden anlaşılması gereken şantaja konu olarak açıklanacak hususun bitmiş, geçmişte kalmış bir olay olması gereğidir¹⁴. Mağdurun hukuka aykırı bir zeminde bulunması ve failin mağdurun bu durumundan yararlanarak tehdit etmesi halinde şantaj suçu gerçekleşir¹⁵. Şantaj suçunun kişinin şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikte tehdit etmek suretiyle işlenmesine ilişkin Yargıtay kararları bulunmaktadır¹⁶.

13 Adem Sözüer, "Tehdit Suçu", *İÜHFİM*, C. 54, İstanbul, 1994, s. 134; Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Özel Hükümler*, s. 345.

14 İlhan Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 147.

15 Fahri Gökçen Taner, "Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu", *TBB Dergisi*, S. 92, Ankara 2011, sa. 118-156, s. 141.

16 "...Mağdurenin aşamalarda değişmeyen beyanları, sanığın açık ikrar içeren savunması ve tüm dosya içeriğinden, sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkiyi mağdurenin haberi ve rızası dışında cep telefonuna kaydedip sakladığını, akabinde mağdurenin kendisinden ayrılmak istediğini belirtmesi üzerine ayrılması halinde söz konusu video kaydını herkese göstereceğini söylediğinin anlaşılması karşısında, sanığın üzerine atılı şantaj ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından mahkûmiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle beraatine hükmedilmesi..." Yarg. 14. CD. E. 2016/ 7931, K. 2016/7434 KT. 31.10.2016 (www.yargitay.gov.tr, ET: 28.02. 2017).

Şantaj ile tehdit suçu birbirine benzeyen suçlar olmakla birlikte aralarında farklılıklar da bulunmaktadır. Tehditte; haksız olarak doğrudan kişisel değerlere saldırıda bulunulacağı veya herhangi bir kötülük yapılacağından bahisle bir zorlama söz konusudur¹⁷. Şantajın tehdit suçunun özel bir biçimi olduğu söylenebilir¹⁸. Tehdit suçunu şantaj suçuna bağlayan fiil şeref ve saygınlığa zarar verici hususların açıklanacağından bahisle tehdit edilmesidir. TCK'nın 106'ncı maddesinde korunan değerler arasında mağdurun şeref ve saygınlığı bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu durumu 107'nci maddenin 2'nci fıkrasıyla m. 106'dan kaynaklanan boşluğu kısmen de olsa doldurduğu görülmektedir. Zira şeref ve saygınlığına zarar verici hususların açıklanacağından bahisle tehdit edilmesi durumunda fail şantaj suçundan sorumlu olur¹⁹.

Şantaj suçunun meydana gelmesi için, mağdurun kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlanması yeterlidir. Kanun koyucu suçun içeriğini net bir şekilde düzenleyerek diğer suçlardan farkını ortaya koymuştur. Bu suçta mağdurun zorlama karşısında failin isteğini yapması şart değildir. Madde metninde yer alan zorlama maddi nitelikte bir zorlama değildir²⁰. Nitekim TCK'nın 107'nci maddesi gerekçesinde bu durum ifade edilmiştir²¹.

2. Cebir Kullanma Suçu (TCK m. 108)

Cebir kullanma suçu TCK'nın 108'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde metninde cebir suçu; *“Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırır-*

17 Üzülmüş, s. 146; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 343.

18 Taner, s. 135.

19 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 343.

20 Gökçen, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar”, *LHD*, Y: 2, S: 32, İstanbul 2005, s. 2769 vd.

21 *“Şantajda da kişiyi bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlama söz konusudur. Ancak, bu durumda kişiye bir kötülük yapılacağından, kişinin sahip bulunduğu bir değere saldırıda bulunulacağından bahisle bir zorlama söz konusu değildir. Aksine, kişi, hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle başkasını zorlamaktadır. Örneğin, kişinin suç işlemiş olan bir kimseyi ihbar edeceğinden bahisle, kendisine bir menfaat temin etmeye zorlaması hâlinde, şantaj suçu oluşur. İşlenmiş olan bir suç vakası karşısında ihbarda bulunmak, kişiler açısından hem bir haktır hem de bir yükümlülüktür. Şantaj yapılmakla, kişi yükümlü olmadığı bir davranışta bulunmaya zorlanabilir. Örneğin, bir iş adamının, kamu oyuunda gündemde olan yolsuzluk olaylarıyla ilgili olarak hazırlanan gazete haberinde adından söz etmeme karşılığında menfaat teminine veya bir kuruluşa bağlı olarak bulunmaya zorlanması hâlinde, şantaj suçu oluşur. Şantaj suçunun oluşabilmesi için, mağdurun zorlanması yeterlidir. Bu zorlama karşısında, mağdurun isteneni yapması suçun oluşması için gerekli değildir. Şantaj suçunun arz ettiği özellik, kişinin hak veya yükümlülüklerini kötüye kullanarak haksız bir çıkar sağlamaya çalışması ya da başkasını bir şeyi yapmaya veya yapmamaya mecbur etmesidir.”*

larak hükümlenir” şeklinde ifade edilmektedir.

Cebir, TCK'nın 108'inci maddesinin gerekçesinde tanımlanmıştır²². Kişinin cebir kullanması halinde kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin cezası arttırılarak uygulanır. Cebir suçunda mağdur bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade edilmesi için cebirle zorlanmaktadır. Kastan yaralama suçunda ise bu şekilde bir zorlama bulunmaksızın failin eylemi neticesinde mağdurun vücudunda zarar meydana gelmektedir. Bu kapsamda bakıldığında cebirle mağdura yönelik hareket sadece vücut bütünlüğüne zarar vermemekte aynı zamanda da TCK'nın 108'inci maddesinde düzenlenen hareketlerden birini meydana getirmeye mağdur icbar edilmektedir²³.

TCK'nın 108'inci maddesinde düzenlenen cebir kullanma suçu ETCK'dan farklıdır. TCK ile bu suçta esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu suç tipi ETCK'nın 188'inci maddesinde düzenlenmişti²⁴. Bu madde TCK'nın 108'inci maddesinden farklı olarak “*şarh tehdit*” ve “*şarh zor kullanma*” demek suretiyle seçimlik hareketli olarak düzenlenmişti. TCK'da cebir kullanma suçunda ayrıca tehdit unsuruna yer verilmemiş cebir suçu ayrı tehditten bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Böylece şarh tehdit cebir kullanma suçundan ayrı TCK'nın 106'ncı maddesinde düzenlen bir fiil olmuştur²⁵.

E. Mukayeseli Hukukta Tehdit Suçu

Türkiye'nin de yer aldığı Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine dâhil olan ülkelerin hukuk sistemlerine bakıldığında tehdit suçuna yer verildiği görülmektedir²⁶. Aşağıda bu ülke hukuklarında tehdit suçu düzenlemelerine ilişkin açıklamalara yer verilmektedir.

1. Alman Ceza Kanununda Tehdit Suçu

Alman ceza hukukunda kişiliğin serbestçe meydana gelmesi bakımından korunması zaruri unsurlar kendi aralarında bütünlük arz eder biçimde beraber

22 “*Latince karşılığı 'vis compulsiva' olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit hâlinde, kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır.*”

23 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 344; Üzülmöz, s. 162.

24 ETCK m. 188/1: “*Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.*”

25 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 344.

26 Üzülmöz, s. 63.

düzenlenmektedir. Bu bakımdan TCK'dan farklı olarak ACK'nda suçların ayrı kısımlarda düzenlendiği görülmektedir²⁷. Tehdit suçu diğer hürriyete karşı suçlardan ayrı ACK'nın 241'inci maddesinde düzenlenmiştir.

Madde metni şu şekildedir; *“(1) Her kim, bir kişiyi, onun veya onunla samimi olan bir kişinin aleyhine cürüm gerçekleştireceğinden bahisle tehdit ederse bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, doğru olmadığını bildiği halde, diğer bir insanın veya onunla samimi olan bir kişinin aleyhine bir cürmün gerçekleşmek üzere olduğunu uydurursa, aynı ceza ile cezalandırılır”*²⁸.

Madde incelendiğinde tehdidin konusunun tehdidi yönelttiği kişinin kendisine ya da kişinin samimi olduklarına (yakınlarına) karşı bir suç işleyeceğinin bildirilmesi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ACK'nda uğratılacağı bildirilen zararın, mutlaka suç meydana getirmesi zorunluluğunu aranmaktadır. TCK'nda ise, böyle bir zorunluluk aranmamıştır.

Doğru olmadığını bildiği halde gerçek olmayan bir beyanla bir suçun gerçekleşmek üzere olduğunu söylerse tehdidin cezası ile cezalandırılacağı maddenin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra düzenlenen eylem tehdit suçunun içeriğine girmemektedir. Ancak bu şekilde bir beyanda bulunulması karşı tarafın iç huzurunu bozar, bu sözlere maruz kalan kişi korkar ve güvenlik endişesi içine düşer. Eylemin cezalandırılması yerinde olmuştur. TCK'da da benzer şekilde bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Ancak kişinin, doğru olmadığını bildiği halde bir suçun gerçekleşmek üzere olduğunu söylerken sarf ettiği sözlerin ciddi olması ve karşı tarafın iç huzurunu bozmaya elverişli olması aranmalıdır.

ACK'nın 240'inci maddesinde ise tehdit ile mağdurun iradesi üzerine baskı yapılması suç olarak düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir;

*“(1) Her kim, bir insanı hukuka aykırı bir şekilde cebir ile veya ağır bir kötülük tehdidi yoluyla bir şey yapmasına, yapmamasına veya bir şeyin yapılmasına tahammül etmesi için zorlarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Failin ulaşmak istediği amaca erişmek için kullandığı cebir veya kötülük yapma tehdidi yöntemi toplum tarafından kabul edilmeyen bir yöntem ise, bu fiil hukuka aykırıdır. (3) Bu suça teşebbüs cezalandırılır. (4) Çok ağır hallerde, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Eğer fail 1. başka bir insanı, cinsel davranışa zorlarsa, 2. gebe bir kadını çocuğunu düşürmeye zorlarsa, 3. kamu görevlisi olarak, yetkilerini veya mevkiini kötüye kullanırsa, kural olarak suçun çok ağır hali gerçekleşmiş sayılır”*²⁹.

27 Üzülmüş, s. 26.

28 Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Türkçe Çeviri*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 354.

29 Yenisey, Plagemann, s. 353.

Maddede bir kimseyi, bir şey yapmasına, yapmamasına veya bir şeyin yapılmasına tahammül etmesi için hukuka aykırı bir şekilde ağır bir kötülük tehdidi ile zorlayan kişinin eylemi yaptırma bağlanmıştır. İkinci fıkrasında ise, hukuka aykırı eylemden ne anlaşılması gerektiği, üçüncü fıkrasında suça teşebbüs halinde cezalandırılacağı ve dördüncü fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlenmiştir.

2. Avusturya Ceza Kanununda Tehdit Suçu

Avusturya Ceza Kanununun özel kısmının özgürlüğe karşı cezalandırılabilir hareketler başlıklı üçüncü babında, hürriyete karşı suçlar TCK'da olduğu gibi bir arada düzenlenmiştir. Tehdit suçu tehlikeli tehdit başlığı ile 107'nci maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Madde metni şu şekildedir; "(1) Bir diğerini korkutmak ve huzursuz etmek için ciddi bir şekilde tehdit eden kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. (2) Buna karşılık tehdidin konusunu ölüm, önemli bir sakatlık, göze çarpar bir deformasyon, kaçırmak, kundaklamak, atom enerjisi, iyon ışınları ve patlayıcı madde tehlikesi gibi hususlar oluşturuyorsa üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. (3) Eğer tehdit, tehdit edilenin veya bir başkasının intiharına veya intihara teşebbüsüne neden olmuşsa, fail için altı aydan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Tehdit, eşe, birinci dereceden hısımlara, kardeşlere veya evde birlikte yaşadıkları diğer yakınlarına karşı gerçekleştirilmişse, mağdurun şikâyeti üzerine kovuşturma yapılır"³⁰.

Kanun metnine bakıldığında korkutmak için tehdidin ciddi yapılması aramaktadır. Birinci fıkrasında suçun temel hali cezalandırılmaktadır. İkinci ve üçüncü fıkrasında ise daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale yer verilmiştir. Üçüncü fıkrasında tehditle intihara veya intihara teşebbüse neden olunması yaptırım altına alınmıştır. TCK'dan farklı olarak tehdit, intihara yönlendirme suçunun içinde düzenlenmemiştir. AVCK'da tehdit suçunun üçüncü fıkrasında tehditle intihara yönlendirme düzenlenmiştir. Kanun korkutmak amacı ile tehdit edilmesini aramaktadır. Suçun gerçekleşmesi için saik öngörmüştür. Saikin gerçekleşmesi ise başlı başına yeterli değildir. Kanun koyucu ayrıca tehdidin ciddiliğini aramaktadır. TCK'da olduğu gibi tehdidin mağdurun iç huzuru bozacak onda korku meydana getirecek elverişliliğine bakılmamaktadır. AVCK'nın 107'nci maddesinde tehdidin ciddiliği ölçütü değerlendirilmektedir.

3. Fransız Ceza Kanununda Tehdit Suçu

Tehdit suçu FCK'nın³¹ ikinci kısım kişinin fiziksel veya psikolojik bütünlüğüne karşı suçlar birinci bölüm üçüncü paragrafı tehdit başlığını taşımaktadır. Bu parag-

30 Christian Bertel, Klaus Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I*, §§ 75 Bis 168a StGB, 7. Basi, Wien, New York 2003, s. 90-93'den naklen Üzülmöz, s. 73 - 74.

31 www.legislationline.org (Fransız Ceza Kanununun 12.10.2005 tarihinde güncellenmiş halidir. ET: 27.03.2017).

rafta yer alan 222-17 ve 18'inci maddeleri ile soyut ve şartlı tehdit yaptırma bağlanmıştır³². Madde 222-17'de kişilere karşı ağır veya hafif bir suç işleyeceğine ilişkin tehdidin yazılı bir belge, resim veya başka herhangi bir belge ile tekrarlandığı veya kanıtlandığı takdirde, altı ay hapis ve para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Maddenin devamında kişinin hayatına yönelik bir tehdit olması daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak öngörülmüştür. (üç yıla kadar hapis ve para cezası)

Madde 222-18'de hangi yolla yapılırsa yapılsın, kişilere karşı ağır veya hafif bir davranışta bulunarak tehdit edilmesinin bir koşulun yerine getirilmesi için emirle yapılması hali daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. (üç yıla kadar hapis ve para cezası)

4. İspanyol Ceza Kanununda Tehdit Suçu

İspanyol Ceza Kanununda³³ hürriyete karşı suçların bir bütün halinde değil, ayrı başlıklar altında düzenlendiği görülmektedir. İSPCK'nın özel hükümlere dair ikinci kitabının hürriyete karşı suçlar başlıklı altıncı babının ikinci bölümünde 169 ve 171'inci maddeler arasında tehdit suçu yaptırım altına alınmıştır.

Tehdidin temel şekli 169'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninde bir kimsenin kendisine, ailesine veya yakınına yönelik tehditte bulunulması halinde tehdit edenin cezalandırılacağı yer almaktadır. Maddenin devamında tehdidin yöneldiği konu ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Buna göre tehdidin konusu, öldürme, yaralama, çocuk düşürme, hürriyeti tahdit, işkence, ahlak bütünlüğü, cinsel özgürlük, özel hayat, şeref ve haysiyet, malvarlığı ve sosyo-ekonomik düzendir. Bu şekilde yapılan tehdidi kanun koyucu iki farklı şekilde cezalandırmaktadır. Fail, tehdidi belirli bir miktar talep ederek veya herhangi bir koşulda bulunarak işlemiş ve amacına ulaşmış ise bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası, eğer amacına ulaşmamış ise, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İSPCK'nın 169'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında tehdidin yazılı, telefonla, her ne şekilde yapılırsa yapılsın telekomünikasyon araçlarıyla veya kopyalamak suretiyle ya da gerçek veya sözle örgütler ve yahut topluluklar adına gerçekleştirilmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir.

5. İsviçre Ceza Kanununda Tehdit Suçu

İsviçre Ceza Kanununda hürriyete karşı suçlar TCK'da olduğu gibi bir arada düzenlenmiştir. Tehdit suçu, özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın dördüncü babında hürriyete karşı cürümler ve cünhalar başlığı altında dördüncü kısım 180'inci maddesinde yer almaktadır.

32 Üzülmöz, s. 73.

33 www.legislationline.org (Fransız Ceza Kanununun 23.10.1995 tarihinde güncellenmiş halidir. ET: 28.03.2017).

Maddenin birinci fıkrasına göre; “Her kim başkasını ağır bir tehditle endişe veya korkuya düşürürse, şikâyet üzerine hapis ya da para cezası ile cezalandırılır”³⁴.

Madde metni incelendiğinde tehdit ağır olmalı ve mağduru korkuya düşürmelidir. Bu şekilde işlenen tehdit şikâyete bağlanmıştır. Tehdidin şikâyete tabi olmaksızın re’sen kovuşturulabilmesi sadece belli kişilere karşı gerçekleştirilirse mümkündür. Bu kişiler 180’inci maddenin 2’nci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiştir. İkinci fıkranın (a) ve (b) bentleri şu şekilde bir düzenlemeyi içermektedir; tehdit, evlilik sırasında veya boşanmadan bir yıl önce ya da mağdurun kayıtlı ortağına karşı tescilli ortaklık süresince veya tasfiye edilmesinden bir yıl sonra meydana gelmişse, mağdurun heteroseksüel veya homoseksüel ortağı ise sınırsız bir süre birlikte yaşamaları ve bu süre zarfında veya ayrılmadan bir yıl içinde tehdit edilmesi halinde re’sen kovuşturulur.

TCK’da düzenlenen tehdit suçuna bakıldığında hayat, vücut ve cinsel dokunulmazlığı karşı saldırıda bulunacağından bahisle tehdit (birinci hal), malvarlığı itibarıyla zarara uğratmadan veya sair kötülük etmeden bahisle tehditten (ikinci hal) daha ağır ceza gerektirmektedir. Birinci hal re’sen kovuşturulur. İkinci hal ise şikâyete tabidir. TCK’da belli kişiler bakımından suçun işlenmesi özellik arz etmez.

6. Polonya Ceza Kanununda Tehdit Suçu

Tehdit suçu Polonya Ceza Kanununun 190’inci maddesinde yaptırım altına alınmıştır. Madde metnine göre, her kim diğer bir şahsa kendisinin veya yakınının zararına bir suç işlemekle tehdit ederse ve eğer bu, tehdide maruz kalanda tehdidin gerçekleştirileceği hususunda korkuya yol açarsa fail şikâyet üzerine, özgürlüğü sınırlama veya iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır³⁵.

TCK’da olduğu gibi PCK’da da tehdit doğrudan kişinin kendisine yönelik olabileceği gibi yakınına karşı da olabilir. PCK’da suç işlemekle tehdit ve tehdidin gerçekleşeceği hususunda korkuya yol açması aranmaktadır. Bu suç şikâyete tabidir.

7. Rus Ceza Kanununda Tehdit Suçu

Tehdit suçu Rus Ceza Kanununun³⁶ özel hükümler kısmı 16’nci bölümünün hayata veya vücut bütünlüğüne karşı suçlar başlığı altında 119’uncu maddesinde düzenlenmiştir.

34 Ali Rıza Çınar, *Tehdit Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 48.

35 www.legislationline.org (02.08.1997 tarihinde Polonya resmi gazetesinde yayınlanan metindir. ET: 04.04.2017).

36 www.legislationline.org (05.06.1996 tarihinde Federasyon Konseyi tarafından kabul edilmiş metindir. ET: 28.03.2017).

Maddenin ilk fıkrasında, bir kişiyi öldürmekle veya sağlığına yönelik ağır bir zarar vermekle tehdit edilmesi halinde, eğer bu tehdidin gerçekleştirilmesinden korkulmasını gerektiren sebepler varsa fail hakkında iki yıla kadar hürriyetin sınırlanması, altı aya kadar hücre hapsi ya da iki yıla kadar hapis ceza verileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında ise, aynı eylemin politik, ideolojik, ırksal, ulusal, inançsal nefret veya düşmanlıkla ya da nefret veya düşmanlık nedeniyle bazı sosyal gruplarla işlenmesi halinde beş yıla kadar zorunlu çalışma ile cezalandırılacağı yaptırım altına alınmıştır.

RCK incelendiğinde sadece kişinin hayatı veya sağlığına yönelik ağır bir zarar vermekle tehdit edilmesinin yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Tehdit eylemi politik, ideolojik vs. nefret veya düşmanlıkla bazı sosyal gruplarla işlenmesi halinde güvenlik tedbirine hükmolunacağı düzenlenmiştir.

F. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

Tehdit suçu özgü suçlardan değildir. Faile özgü bir düzenleme bulunmamaktadır. Suç herkes tarafından işlenebilir³⁷. Ancak kamu görevlisi bu suçu görevi dolayısıyla verilen vasıtalarla işlemişse suçun temel cezasını ağırlaştırıcı nitelikli halden cezalandırılır (TCK m. 266).

İnsanlar gibi gerçek iradeye sahip olmayan tüzel kişiler, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince suç faili olamazlar. Nitekim TCK'nın 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasında tüzel kişilerin suç faili olamayacakları düzenlenmiştir. Tehdit suçunun işlenmesi ile yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirine hükmolunacağı TCK'nın 111'inci maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 60'ncü maddesine göre, kendilerine ceza verilemeyen tüzel kişilere, güvenlik tedbiri (izin iptali, müsadere gibi) uygulanabilir³⁸.

b. Mağdur

Bütün suçların mağduru öncelikle toplumu oluşturan bireylerdir. Zira suç veya suçların işlenmesi toplum barışının ve huzurunun bozulmasını sonuçlar.

37 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 349; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2016, s. 439; Özbek, Doğan, Bacasız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 391; Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C. II Özel Hükümler (Madde 76-169)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 677; Doğan Soyaslan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, 2016, s. 273.

38 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2016, s. 284.

Tek başına bir kişi toplumu meydana getirmez. Toplum³⁹, belirli bir amaç için (yaşamlarını sürdürmek gibi) yan yana yaşamalarını olanaklı kılan ilişki ile bir araya gelen kişiler bütünüdür⁴⁰. Tüzel kişiler suçun mağduru olamazlar. Suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir⁴¹.

Suçun mağdurunun belirli kişi veya kişiler olması bu suçun gerçekleşmesi için şarttır. Mağduru belirsiz tehditler bu suçu meydana getirmez. TCK'nın 213'üncü maddesinde düzenlenen şartları taşıması halinde, kitlelere yönelik yapılan tehdit fiilleri, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunu meydana getirir⁴². Örneğin, üniversitede toplantı yapıldığı sırada failin öyle olmadığı halde *"bu amfide bomba var kaçmazsanız ölürsünüz"* diye bağırması tehdit suçunu değil, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunu oluşturur.

Suçun gerçekleşmesi için tehdidin mağdurun şahsına yönelik olması şart değildir. Mağdurun yakınlarına yapılan tehditte de bu suç meydana gelir. Zira TCK m. 106'da ETCK m. 191'den farklı olarak *"kendisinin veya yakınının"* ibaresi bulunmaktadır. Mağdurun yakınından anlaşılması gereken madde gerekçesinde belirtildiği üzere mağdurla akrabalık veya yakınlık⁴³ ilişkisidir. Örneğin, anne, baba, dayı, teyze, hala, amca veya aralarında sıkı ilişki⁴⁴ bulunan dost, arkadaş vb. Mağdurun yakınlarına karşı gerçekleştirilen tehdit söyleminden failin sorumlu tutulabilmesi için mağduru korku ve kaygıya sevk etmeye elverişli olması gerekir⁴⁵. ETCK'nın 191'inci maddesinde *"yakınlık"* ibaresi yer almamasına rağmen YCGK bu dönemde kıyasa yol açmayacak derecede genişletici yorum metodu uygulanarak mağdurun kendisine veya yakınına karşı bu suçun işlenebileceğine ilişkin verdiği bir kararında⁴⁶ *"tehdidin, dolaylı da olsa, mutlaka"*

39 *"Aynı toprak parçası üzerinde bir arada yaşayan ve temel çıkarlarını sağlamak için iş birliği yapan insanların tümü."* www.tdk.gov.tr, (ET: 28.12.2016).

40 Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, Filiz Yayıncılık, İstanbul 1988, s. 3.

41 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 289.

42 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 349; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 391; Tezcan, Erdem, Önok, s. 439; Özbek, C. II, s. 677; Çınar, s. 59-60; Üzülmöz, s. 97.

43 *"Yakınlığın derecesi belli olmayıp takdire bağlıdır."* Soyaslan, s. 273.

44 www.tdk.gov.tr, (ET: 06.03.2017).

45 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 349; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 392; Özbek, C. II, s. 677; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu C. I*, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005,, s. 451; (Krş.) Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2016, s. 177; Raziye Bal Keçeci, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Tehdit Suçu", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, T.C. AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Ankara, 2010, s. 23 *"Yakın tabirini dar yorumlamak gerekir. Yakın kelimesi ile mağdurun anne, baba, kardeş, eş ve çocuklarının anlaşılması gerekir."*

46 YCGK, KT. 17.12.1973, 7/271-822, Gözübüyük, C. II, s. 530.

hedef alınan kişinin şahsına yönelmesi zorunlu değildir, yakınlarına yönelen bu eylemin mağdura duyurulması ve onu endişeye düşürecek nitelikte olması yeterlidir.” denilmiştir. Böylece kanunda “yakınlık” ibaresi bulunmamasına rağmen YCGK karar vererek yakınlarına da bu hükmü uygulamıştır. TCK ile birlikte bu boşluk giderilmiştir.

Ruhi ve fiziki durumları itibariyle algılama yeteneği olmayanlara karşı tehditte bulunulması halinde ceza verilmez. Her ne kadar tehdit söylemi korku ve endişe doğurmaya elverişli olsa da bu kişilerin algılama yeteneği gelişmediğinden bunlara karşı tehdit suçu işlenemez. Fail tarafından algılama yeteneği olmayan kişilere karşı (akıl hastalığı, sağırılık, sarhoşluk gibi) meydana getirilen eylem yakınlarını korku ve telaşa düşürmeye elverişli ise, bu kişilere karşı tehdit suçu gerçekleşebilir⁴⁷.

c. Suçun Konusu

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu meydana getirir⁴⁸. Bu anlamda fail tarafından gerçekleştirilen hareket, iki şekilde meydana gelmektedir: Hareket ya bir eşyaya, ya da bir şahsın fiziki, maddi yapısına veya bünyesine yönelir⁴⁹. Bu şekilde yönelen hareket (icrai veya ihmali) kanunda düzenlenen tipe uyarsa (tipiklik) suç meydana gelir. Suçun işlenmesi neticesinde suçun konusu ya zarar görmekte ya da tehlikeye uğratılmaktadır⁵⁰.

Tehlike, büyük bir zararla karşı karşıya bulunma; risk anlamına gelmektedir. Tehlike suçları ise doğrudan doğruya bir zarar doğurmamakla birlikte tehlikeli davranışların cezalandırıldığı suçları ifade etmektedir⁵¹.

Tehdit suçu yapısı itibariyle soyut tehlike suçudur⁵². Tehlike suçlarında, hareketin yöneldiği konunun objektif olarak zarar uğrama tehlikesiyle karşılaşmış

47 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 349; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 392; Özbek, C. II, s. 677-678; Tezcan, Erdem, Önok, s. 439; Soyaslan, s. 273.

48 Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 236; Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 4 Baskı, Ankara, 2016, s. 165.

49 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara, 2016, s. 198.

50 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 286; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, 2016, s. 196; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 113; Özgenç, s. 199; Centel, Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 260; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökçen, Mustafa Artaç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 5414.

51 Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 741.

52 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 347-348; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 393; Tezcan, Erdem, Önok, s. 437.

olması cezalandırılabilme bakımından yeterlidir⁵³. Soyut tehlike suçları suçun kanuni tanımında belirtilen tipe uygun icrai veya ihmali hareketin meydana gelmesiyle gerçekleşir. Kanun koyucu, bu tip suçlarda hareketin gerçekleşmesini suçun oluşumu için yeterli saydığından ayrıca tehlikeliliğin hâkim tarafından araştırılmasına gerek yoktur⁵⁴.

Tehdit eyleminin üzerinde gerçekleştiği kişinin (mağdur) huzur ve sükûnu suçun konusunu meydana getirmektedir. Bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir⁵⁵. Tehdit suçunda sarf edilen sözler kişinin iç huzurunu bozma, korku ve endişeye yol açma elverişliliğine sahipse soyut tehlike gerçekleşmiş olur. Tehlike, niteliği bakımından yöneldiği konuyu zarar suçuna nazaran tahrip etmez, zedelemes. Ancak konuyu bir zarar ihtimali ile karşı karşıya bırakır⁵⁶.

Zarar suçlarında, haksızlık teşkil eden fiilin işlenmesi neticesinde suçun konusu üzerinde zarar meydana gelmektedir⁵⁷. Zarar suçlarında eylemin suç olarak düzenlenmesinin sebebi korunan hukuksal değerın zarara uğratılmasının önlenmesidir. Buna karşılık tehlike suçlarında muhtemel zararın boyutu büyük olacağından bu büyüklükteki olası bir zarar tehlikesinin meydana gelmesinin önlenmesi amacıyla failin zarar tehlikesine yol açacak hareketleri suç olarak düzenlenmiştir.

d. Fîil

Tehdit suçu özelliği itibariyle sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleşmesi suçun meydana gelmesi için yeterlidir. Ayrıca neticenin varlığı aranmaz⁵⁸.

53 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Genel Hükümler*, s. 286; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 393; "Tehlike suçlarında, failinin hareketi ile bir hukuksal değeri sadece tehlikeye düşürmesi suçun oluşması açısından yeterlidir." Bernd Heindrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I*, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 98; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 115; Özgenc, s. 200; Centel, Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 261.

54 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 287; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 239; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 114; Özgenc, s. 200.

55 "Burada tehdidin koruduğu hukuki değer, kişilerin huzur ve sükundur; böylece kişilerde bir güvensizlik duygusunun meydana gelmesi engellenmektedir. Bu nedenle, söz konusu madde ile insanın kendisine özgü sulh ve sükununa karşı işlenen saldırılar cezalandırılmış olmaktadır. Fakat tehdidin bu maddeyle korumak istediği esas değer, kişinin karar verme ve hareket etme hürriyetidir."

56 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2016, s. 245.

57 Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 113; Özgenc, s. 200; Muharrem Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 6; Birtek, s. 150.

58 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 348; Tezcan, Erdem, Önok, s. 447.

Tehdit, failin iradesine bağlı gelecekte meydana gelecek olan kötülüktür. Eğer gelecekte meydana gelecek kötülük yoksa tehdit yoktur. Örneğin, uyarı niteliğine sahip *“bisikletime zarar verseydin seni öldürürdüm”* sözü gelecekte meydana gelecek bir kötülük olmadığından tehdit suçu gerçekleşmez⁵⁹. Nitekim Yargıtay, uyarı niteliğindeki bir sözün tehdit suçunu oluşturduğundan bahisle hüküm veren yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁶⁰.

Tehdit, TCK'nın 106'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında iki şekilde yaptırma bağlanmıştır. Failin, hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit edilmesi ilk yaptırım halidir. İkinci yaptırım hali ise, kişinin mağduru malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair kötülük edeceğinden bahisle tehdit etmesidir. Kanun koyucu tarafından öngörülen ikinci yaptırım birinci yaptırma oranla daha hafiftir.

Tehdit suçunun meydana gelmesi için soyut tehlike doğurmaya elverişli eylemin hangi vasıtayla olursa olsun (sözle, mektupla, işaretle vb.) karşı tarafa ulaşması gerekir. Tehdit suçunda önemli olan kullanılan vasıta değil, mağdurun kendisinden istenilenin yerine getirilmemesi halinde kötülüğe maruz kalacağını bilmesidir.

Sözle, yazıyla veya işaretle gerçekleştirilen tehdit eyleminin mağdurun iç huzurunu bozmaya, korku ve endişe meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Elverişli olması suçun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Ayrıca eylem neticesinde mağdurun subjektif olarak iç huzurunun bozulması, korku ve endişe meydana getirmesi aranmaz⁶¹. Nitekim Yargıtay mağdurun korkmadığından bahisle beraat hükmü veren yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁶².

Tehditte yapılması veya yapılmaması istenen ve tehdidin konusunu oluşturan eylemin tehdiye maruz kalan kişi tarafından gerçekleştirilmemesi halinde failin iradesiyle mağdura bir kötülük yapılması söz konusudur. Bu kötülük mağdurun iç huzurunu bozmaya mağdurda korku uyandırmaya elverişli olmalıdır.

59 Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 392; Soyaslan, s. 272.

60 *“Sanığın yakınan M.‘ye söylediği ‘seni valiye şikayet edeceğim’ biçimindeki sözlerinin, yasal bir hakkı kullanılacağına ifade edilmesi mahiyetinde olduğu gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle, bu sözlerin tehdit olarak kabul edilmesi sonucu sanığa verilen cezanın 765 sayılı TCY. 269. Maddesi gereğince artırılması”* Yarg. 4. CD. 3766-7431, KT. 01.10.2007, Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 1768.

61 Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Özel Hükümler*, s. 347.

62 *“Oluşa uygun olarak yakınanla kavga ettikten on dakika sonra elinde av tüfeği ile yakınanın kapısı önüne gelen sanığın ‘sizi öldüreğim’ demesi biçiminde kabul edilen eylemin TCY.nın 191/2. maddesine uyan suçu oluşturduğu ve tehdit suçunun oluşması için mağdurun fiilen korkmasının şart olmayıp, eylemin objektif olarak mağdurun iç dünyasında korku meydana getirmeye elverişli olmasının yeterli bulunduğu gözetilmeden, ‘mağdurun korkmadığından’ söz edilerek Yasanın 466/1. maddesi ile hükümlülüğe karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”* Yarg. 4. CD. E. 2002/5409, K. 2002/6926, KT. 24.04.2002, Özbek, C. II, s. 697.

Bu elverişliliğe sahip olmayan uyarı niteliğinde söz, hareket veya işaret tehdit suçu kapsamında değerlendirilemez⁶³. Örneğin, alışveriş yaptığı dükkâna haraç almaya gelen kabadayıları gören kabadayılarla bir bağlantısı olmayan müşterinin dükkân sahibine “*bu adamlara istediğini vermezsen fena yaparlar*” demesi uyarı niteliğindedir, müşterinin eylemi tehdit suçunu oluşturmaz⁶⁴.

Uyarının tehditten farkı ise, tehditte mağdur üzerinde gerçekleştirilecek zarar tehdit eden kişi tarafından meydana getirileceği halde, uyarıda bu zararın oluşması failin irade ve etkisinden bağımsızdır. Uyarı örtüsü altında tehdit yapılabilir. Uyarı ve tehdidin belirlenmesinde önemli olan failin kullandığı kelimeler değil, bu kelimelerin açıklanış biçiminin taşıdığı anlam ve açıklanış şeklidir⁶⁵.

“*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının...*” demek suretiyle failin mağdurun iç huzurunu bozucu elverişliliğe sahip tehdit eyleminde bulunması bu suç tipini meydana getirmektedir. Ancak kişinin kendisine zarar vereceğini söyleyip başkasının iradesini baskı altına alması ve iç huzurunu bozması eyleminin tehdit suçunu oluşturup oluşturmayacağı sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, uzun yıllardır sevgili olan iki kişi arasında çıkan tartışmada sevgilisi maddi durumu iyi olmayan aşığına kendi kafasına silah dayayarak “*benimle evlenmezsen canıma kıyarım*” demesi veya uzun zamandır duygusal his beslediği kişiye kendi kafasına silah dayayarak “*benimle birlikte olmazsan intihar ederim*” demesi halinde ne olacağı çözülmesi gereken bir meseledir. Örnek incelendiğinde kişinin kendisine zarar vereceğini söyleyerek muhatabını baskı altına alması TCK'nın 106'ncı maddesi kapsamında tehdit suçunun kanundaki tipine uymadığından (suçta ve cezada kanunilik ilkesi) bu eylemde bulunan kişi cezalandırılmaz. Ancak bu durumu gören aşığın yardım veya bildirim yükümlülüğünü vardır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyip neticesinde kişi hayatına son verirse, yükümlülüğü yerine getirmeyen kişi TCK'nın 98'inci maddesinde⁶⁶ düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihlali suçundan sorumlu tutulur. Yine, “*benimle evlenmezsem canıma kıyarım*” sözüne karşılık “*canına kıymazsan adam değil-sin*” demesi üzerine kişi hayatına son verirse, bu sözü söyleyen intihar kararını kuvvetlendirdiğinden intihara yönlendirme suçundan sorumlu tutulması gerekir (TCK m. 84).

63 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 347.

64 Tezcan, Erdem, Önok, s. 448.

65 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1994, s. 43.

66 TCK m. 98: “(1) Yaşlı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür.”

2. Suçun Nitelikli Unsurları

Suçun maddi unsurlarından birisi de nitelikli unsurlardır. Nitelikli unsurlar kanunda düzenlenen suçun temel haline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlar ile daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlar olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Tehdit suçunun temel cezasından daha ağır ceza gerektiren nitelikli unsurları TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Tehdit suçunun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurları eylemin icrasını kolaylaştırmakla birlikte faile cesaret verici niteliğe de sahiptir. Tehdidin silahla, kişinin kendisini tanımayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte ve var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi daha ağır ceza gerektiren nitelikli hallerdir. Tehdit suçunun mağdurun malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağı veya sair kötülük edileceğinden bahisle işlenmesi daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince fail sadece TCK m. 106'da sayılan nitelikli hallerden yararlanabilir. Örneğin, TCK'nın 144'üncü maddesinde hırsızlık suçunun alacağın tahsili amacıyla işlenmesi daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Ancak tehdit suçunda alacağın tahsili amacıyla işlenmesine ilişkin bir düzenleme olmadığından fail bu nitelikli halden yararlanamaz.

Tehdit suçunun işlenmesi sırasında daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli haller birden fazla ortaya çıkabilir. Bu durumda hâkim, TCK'nın 61'inci maddesinin 4'üncü fıkrasını⁶⁷ göz önüne alarak karar vermelidir.

Aşağıda TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlardan ve 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde yer alan daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurdan bahsedilecektir.

Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurların hepsi failin suçu işlemesini kolaylaştırmakta, faile cesaret vermekte ve mağdur üzerinde korku meydana getirip iç huzurunu zedelemektedir.

a. Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar

(1). Suçun Silahla İşlenmesi

Tehdit suçunun silahla işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur

67 TCK m. 61/4: "Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır."

olarak TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir.

Silah deyiminden anlaşılması gereken TCK'nın 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde⁶⁸ yer almaktadır.

Tehdidin silahla işlenmesi nitelikli unsurunu uygulayabilmek için failin üzerindeki silahı göstermesi şarttır. Silahı göstermek mağdura doğrultmak suretiyle olabileceği gibi göz ucuyla işaret etmesi ile de mümkündür. Gösterme kısmen (kabzası, namlu ucu vb.) veya tamamen olabilir. Zira mağdurun iç huzurunu bozacak elverişlilikte teşhir nitelikli halin uygulanabilmesi için yeterlidir⁶⁹. Yargıtay silahı göstermeden tehdit edilmesi durumunda bu nitelikli unsurun uygulanamayacağından bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁷⁰.

Silahla tehdit nitelikli unsurunun uygulanması için silahın bildirilen kötülüğü gerçekleştirmeye ve kullanmaya elverişli olması şart değildir⁷¹. Silahın boş olması (mermi bulunmaması) veya sahte olması (oyuncak) ya da kurusıkı tabanca olması nitelikli unsurun uygulanmasını engellemez. Silahın mağduru korkutmaya uygun ve elverişli olması nitelikli halin uygulanması için yeterlidir⁷².

Silahın gerçek olup olmaması bakımından değerlendirilmesi yapılırken kanun koyucu orta zekâya sahip bir kimsenin anlaması aranmaktadır⁷³. Örneğin, plastik gerçek silaha benzemeyen su tabancasının kullanılması durumunda bunun orta zekâya sahip bir insanı korkutmaya uygun ve elverişli olduğu söylene-meyecektir.

Silahın objektif olarak gerçek olmadığı anlaşılıyorsa ve gerçek olmayan silahı göstermek suretiyle tehditte bulunulmuş ise bu nitelikli hal uygulanmaz⁷⁴. Ancak

68 TCK m. 6/1-f: "*Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fülen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boşucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, anlaşılır.*"

69 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 352; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 396; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 361; Özbek, C. II, s. 681; Üzülmöz, s. 100; Çınar, s. 120.

70 "*Sanığın yakınana 'bağırırın seni bıçaklarız' dediği ancak bıçak göstermediğinin anlaşılması karşısında; 5237 s. yasanın 106. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendiyle uygulama yapılması yasaya aykırıdır.*" Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C. III*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 3898.

71 Sözüer, s. 140; Üzülmöz, s. 100; Tezcan, Erdem, Önok, s. 449; Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 362.

72 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 352; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 396; Soyaslan, s. 276; Yaşar, Gökçen, Artuç, s. 3584.

73 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 352; Koca, Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 362; Çınar, s. 121; Üzülmöz, s. 101.

74 Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler C. II*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 1221; Yaşar, Gökçen, Artuç, s. 3585.

mağdurun hayatına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle korkutucu elverişliliğe sahip sözle tehditte bulunup objektif olarak gerçek olmadığı anlaşılan silahı gösteriyorsa, fail tehdit suçunu silahla işlenmesi nitelikli halinden değil, TCK'nın 106'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının ilk cümlesinden sorumlu tutulmalıdır. Yargıtay, mağdurun kurusıkı tabancanın gerçek olup olmadığını bilip bilmediğini araştırmadan silahlı tehdit nitelikli unsurunu uygulayan yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁷⁵.

(2). Suçun Failin Kendisini Tanınmayacak Bir Hale Koyması Suretiyle İşlenmesi

Failin kendisini tanınmayacak bir hale koyması daha ağır ceza gerektiren nitelikli haldir. Örneğin, failin kılık değiştirmesi, makyaj yapması, maske takması, takma bıyık kullanması gibi.

Failin kendisini tanınmayacak hale sokmasına rağmen mağdurun tehditte bulunan kişiyi tanınması durumunda bu nitelikli halin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin doktrinde görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, failin tanınması durumunda tehdidin korkutucu etkisi azalacağından bu nitelikli halin uygulanmaması gerektiğini söylemektedir⁷⁶.

Bir başka görüşe göre, bu nitelikli hal için önemli olanın failin kendisini tanınmayacak biçime sokmasıdır. Failin buna rağmen tanınmasının veya korkmamış olmasının nitelikli halin uygulanması bakımından bir öneminin olmadığını söylemektedir⁷⁷.

Kanaatimce bu nitelikli hal failin tehdit suçunun icra hareketlerini gerçekleştirdiği anda mağdur tarafından tanınmaması halinde uygulanabilir. Suç tamamlandıktan sonra tehdiye maruz kalan kişinin faili tanınması nitelikli halin uygulanmasını engellemez.

Failin telefonla veya mail yoluyla yaptığı tehditlerde bu nitelikli hal uygulanmamalıdır. Yargıtay da bu şekilde yapılan tehditlerde bu nitelikli hali uygulama-

75 "Tehdit suçunda kullanılan kurusıkı tabancanın, müşteki ve sanıkla aynı evde oturan müştekinin oğlu tanık Z.'ye ait olması karşısında, müştekinin tabancanın kurusıkı olduğunu bilip bilmediği araştırılıp tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile sanık hakkında silahla tehdit suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi" Yarg. 4. CD. E. 2010/31566, K. 2013/8301, KT. 25.03.2013, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3585.

76 Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 353.

77 Üzülmöz, s. 102; Çınar, s. 129; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 397; Tezcan, Erdem, Önok, s. 450; Abdurrahman Sakar, "Tehdit Suçu", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, T.C. Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2009, s. 76.

maktadır⁷⁸. Failin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle işlenmesi nitelikli hali yalnızca yüz yüze tehditlerde söz konusu olabilir. Zira yazılı tehditlerde kişinin tanınması zaten mümkün değildir. Bu hükmün konuluş amacı tanınmayan kimselerden gelen eylemlere karşı tehdide maruz kalan kişilerin kendilerini savunmasız hissetmeleridir. Madde gerekçesinde de bu husus şu şekilde ifade edilmiştir; “*Kendisini tanınmayacak bir hâle getiren kişinin tehdit icra etmesi hâlinde meydana gelen korku çok yoğun olur.*” Özetle, yüz yüze olmayan tehditlerde veya yüz yüze olmakla beraber failin tanınabildiği hallerde bu nitelikli hal uygulanmaz⁷⁹.

(3). Suçun İmzasız Mektupla İşlenmesi

İmzasız mektup kullanılarak tehdit suçu işlendiğinde mağdurun muhatabını bilmesi mümkün değildir⁸⁰. Bu şekilde kimin tehdit ettiğinin anlaşılacağı durumlarda tehdit mağdurun ruhi durumuna (iç âlemine) etki eder⁸¹. Çünkü mağdur tehditte bulunan kişiye karşı kendisini savunmasız hisseder ve bu kişiye karşı tedbir alamaz⁸².

TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen imzasız mektup ibaresinden yalnızca mektup değil herhangi bir vasıta ile yazılmış yazılar da anlaşılmalıdır. Kıyasa yol açmayacak derecede genişletici yorum metodu kullanılarak faks, telgraf ve e-mail yoluyla yapılan tehditler de bu nitelikli hal kapsamına dâhil edilebilir⁸³. Tehdit içerikli yazılan yazılar nereye yazıldığına bakılmaksızın bu kapsamdadır.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için tehdide maruz kalan kişinin eline ulaşan yazıda failin kim olduğunun anlaşılabilmesi veya kim olduğunun tam olarak belirlenmesinin mümkün olmaması şarttır. Yargıtay bir kararında mektubu kimin yolladığı belli olmadığından bu nitelikli hali uygulamayan yerel mahkeme-

78 “TCK'nın 106. maddesinin 2/b fıkrası ve bendinde düzenlenen tehdidin 'kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle' işlenmesiyle ilgili nitelikli şeklinin ancak; sanıkla yüz yüze iletişim kurulan hallerde ve sakal, bıyık veya maske takma, kıyafetinde değişiklik yapma gibi dış görünümünü ve dolayısıyla kimliğini değiştirecek şekildeki davranışların varlığı halinde uygulanabileceği gözetilmeden 'gizli numara aradığı' gerekçesiyle, aynı maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi yerine, somut olaya uymayan 2. fıkrası uygulanarak fazla cezaya hükmedilmesi” Yarg. 4. CD. E. 2012/608, K. 2013/15298, KT. 20.05.2013, Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 3587.

79 Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 353; Tezcan, Erdem, Önok, s. 450.

80 Üzülmüş, s. 104.

81 Önder, s. 48; Gözübüyük, C. II, s. 488.

82 Soyaslan, s. 277.

83 Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 354; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 398-399; Hafizoğulları, Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 180.

nin kararını bozmuştur⁸⁴.

Mektupta failin kim olduğu anlaşılıyorsa bu nitelikli hal uygulanmaz⁸⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında mektubu yazan kişinin anlaşılması durumunda bu nitelikli halin uygulanamayacağından bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁸⁶.

Sosyal medyada yapılan paylaşımlar belirli bir kişiyi hedef almış olsa bile, muhatabına gönderilen bir yazışma olmadığından nitelikli hal kapsamında değerlendirilemez⁸⁷. Mağduru doğrudan hedef alan ileti eğer fail belirlenebilirse bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmelidir. Tehdidin doğrudan fail tarafından mağdura ulaştırılması şart değildir. Üçüncü bir kişiyle de ulaştırılsa bu suç işlenmiş olur⁸⁸.

Mağdura yönelik telefonla yapılan tehdidin niteliği itibariyle imzasız mektuptaki olumsuz etkiden bir farkı yoktur. Faili belirlenemeyen telefonla yapılan tehdit içerikli konuşmalar bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁹. Yargıtay'ın da bu yönde karar verdiği görülmektedir⁹⁰.

84 “Sanığın, katilana hitaben kimliğini gizleyerek yazdığı ve parafladığı ‘... Bu gibi insanları aramızda yaşatmayalım’ biçiminde tehdit içeren imzasız mektubu televizyonda haber müdürü olan tanık ...’a gönderdiği, mektubun katilana iletilmesi üzerine yapılan soruşturmada, mektubu kimin gönderdiğini bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan katılanın postane güvenlik kamerası kayıtlarından sanığı teşhis ettiği ve yapılan kriminal inceleme sonucu da mektup ve zarf üzerinde sanığa ait izler olduğunun anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK’nın 106/2-b maddesinde düzenlenen imzasız mektup ile tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçeyle beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 4. CD. E. 2014/16566, K. 2016/11902, KT. 13.06.2016 (www.yargitay.gov.tr, ET: 02.04.2017).

85 Önder, s. 48; Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 354.

86 “...Tehdit suçunun imzasız mektup ile işlenmesi halinde, bu nitelikli unsurun uygulanabilmesi için, kimin tarafından yazıldığıнын muhatabınca anlaşılammış olması gerekmektedir. Somut olayda, mektup içeriğinden kimin yazdığıнын katılan tarafından anlaşılması ve katılanın, Cumhuriyet Savcılığına verdiği şikâyet dilekçesinde sanığın adını bildirerek şikâyetçi olması karşısında, imzasız mektupla tehdit ögesinin oluşmadığı gözetilmeden, yanlış nitelendirmeyle anılan Kanununun 106/2-b maddesi uyarınca hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD. E. 2014/2275, K. 2016/7834, KT. 21.04.2016 (www.kazanci.com, ET: 03.04.2017).

87 Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 355.

88 Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 394.

89 Önder, s. 48-49; Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 355.

90 “Tehdit mesajlarının iletildiği telefon numarasının bilinmesi ve telefona ait döküm ve kayıtların ilgili operatörden istenmesi durumunda, mesajın hangi telefondan gönderildiğinin ve buna göre failin kimliğinin saptanmasının teknik olarak mümkün bulunmasına göre, suça sürüklenen çocuğun kimlik bilgilerini içermeyen mesajlar göndermek suretiyle tehdit eyleminin TCK’nın 106/2-b maddesinde düzenlenen imzasız mektup niteliğinde bulunmadığı gözetilmeden, fazla cezaya hükmedilmesi” Yarg. 4. CD. E. 2013/9142, K. 2013/13894, KT. 08.05.2013, Yaşar, Gökcan, Artuk, s. 3587-3588; Aynı yönde bkz, Yarg. 4. CD. E. 2011/9476, K. 2013/5691, KT. 28.02.2013.

(4). Suçun Özel İşaretlerle İşlenmesi

Özel işaret kullanılarak tehdit edilmesi eylemi kanun koyucu tarafından suçun temel haline göre daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde düzenlemiştir.

Tehdit suçunun özel işaretlerle işlenmesi nitelikli haline mermi, kanlı bıçak, idam ilmeği, tabanca resmi ve boğazını kesme işareti örnek verilebilir. Yine bir kimseye karşı gönderilmiş olan mektuplarda özel işaret kullanılarak ucundan kan damlayan bıçak resimleri yapılması korkuyu yoğunlaştırabilir.

(5). Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendinde daha ağır ceza gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Örneğin, iki kişinin yolda yürümekte olan kimsenin yanına gelip para istemesi durumunda bu kişilerin korkutucu etkisine bakıldığında tek başına para isteyen daha fazla olduğu görülmektedir. Kanun koyucu bu durumu dikkate alarak birden fazla kişi tarafından suçun işlenmesini nitelikli unsur olarak düzenlemiştir.

Birden fazla kişi tarafından birlikte suçun işlenmesi nitelikli halinden kastedilen suçun iştirak (azmettiren veya yardım eden) halinde işlenmesi değil, suçun icra hareketlerini birlikte (müşterek) gerçekleştiren kişi sayısının birden fazla olmasıdır⁹¹.

ETCK'nın 188'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında "*birkaç kişi*" tarafından "*birlikte*" işlenmesi nitelikli hal kapsamındaydı. Birkaç kişiden anlaşılması gereken en az iki kişidir⁹². TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasındaki nitelikli unsorda ifade edilen "*birlikte*" deyiminden birden fazla kişinin (iki veya daha çok kişi) bu suçu işlerken birlikte hareket etmeleri (müşterek) anlaşılmalıdır⁹³. Dolayısıyla bir kimseye iştirak eden kişilerin azmettiren veya yardım eden olması durumunda bu nitelikle hal uygulanmamalıdır.

91 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 356; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 398; Tezcan, Erdem, Önok, s. 452; Üzülmöz, s. 107.

92 Erem, C. II, s. 1214; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 356; "TCK'nın 106/2-c maddesi uyarınca tehdit suçunda birden fazla kişi kavramının en az iki kişiyi kapsadığı halde maddeye yanlış anlam verilerek üç kişi kabul edilmek suretiyle sanık hakkında 106/2-c maddesi yerine 106/1 maddesinin uygulanarak eksik ceza tayini" Yarg. 4. CD. E. 2009/18244, K. 2011/19904, KT. 01.11.2011, Yaşar, Gökçen, Artuç, s. 3656.

93 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 355; Hafızoğulları, Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 181; Soyaslan, s. 276; "Sanıkların katılanı telefonla arayarak ve mesaj çekmek suretiyle, hakaret ve tehdit ettiğinin kabul edilmesi ve buna göre sanıkların eylemlerini ayrı ayrı gerçekleştirmiş olmaları, suçların icra hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmemesi karşısında; tehdit suçunun TCY'nın 106/2-c maddesi uyarınca uygulama yapılarak sanıklara fazla ceza belirlenmesi" Yarg. 4. CD. E. 2010/24737, K. 2012/2020, KT. 07.02.2012, Yaşar, Gökçen, Artuç, s. 3589.

(6). Suçun Var Olan veya Var Sayılan Suç Örgütlerinin Oluşturdukları Korkutucu Güçten Yararlanılarak İşlenmesi

Var olan veya var sayılan örgütlerin oluşturdukları korkutucu gücünden yararlanılarak tehdit suçunun işlenmesi kanun koyucu tarafından TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının (d) bendinde düzenlenmiştir. Her nitelikli unsorda olduğu gibi bu nitelikli unsorda da suçun temel halinde oranla daha ağır ceza öngörmektedir. Örneğin, DAESŞ terör örgütü mensubu olduğunu ileri sürerek esnaftan para toplayıp derhal kendisine getirmesini söyleyen bir kimse var olan bir örgütün korkutucu gücünden yararlanılarak tehdit suçunu gerçekleştirmiş olur.

Var olan suç örgütünden kast edilen adli kayıtlara geçmiş suç örgütüdür. Var sayılan ise, esasen var olmayan ancak var olduğu sanılan suç örgütlerini ifade etmektedir. Yargıtay bir kararında tehdit söyleminin bu nitelikli hale girmediğinden bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁹⁴. Tehditte bulunan aslında suç örgütünde bulunmayarak ancak bulunmuş gibi yaparak mağdurun korkmasını sağlayabilir. Bu durumda da bu nitelikli halden sorumlu olur⁹⁵.

b. Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur

Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit edilmesi TCK'nın 106'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde ifade edilen daha az cezayı gerektiren nitelikli haldir. Bu suçun soruşturması ve kovuşturması aynı cümlenin devamında ifade edilmiştir. ETCK'nın 191'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında⁹⁶ aynı düzenleme yer almaktadır.

Malvarlığı bakımından zarara uğratmadan anlaşılması gereken tehdide maruz kalanın malvarlığı tahrip edileceğinden bahisle tehdit edilmesidir. Bu ifadeden bahsedilmek istenen açıktır. Ancak "*sair bir kötülük*" deyiminden anlaşılması gereken açık değildir. Yazarlara göre sair kötülüğün kapsamı, kişinin hürriyeti, şerefi, onuru gibi mefhumlara yönelik haksız bir saldırı gerçekleştirileceği beyanıdır⁹⁷. Bu içeriği taşıması tek başına yeterli olmaz. Soyut tehlike suçu olan tehdidi meydana getirmeye elverişli ve yeterli olması da ayrıca aranacaktır.

94 "Oluşa ve dosya içeriğine göre; şikâyetçi ile arasında alacak verecek ihtilafı bulunan sanığın şikâyetçiye 'seni mafyaya vereceğim, öldüreceğim' şeklinde tehdit ettiği olayda, var olan ya da var sayılan bir örgütün korkutuculuğundan yararlanılmaması karşısında TCK'nun 106/1.fıkra 1. cümle maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, gerekçesi de belirtilmeden TCK'nun 106/2-d maddesi uyarınca hüküm kurulması" Artuk, Gökçen, Yenidünya, C. III, s. 3872.

95 Hafizoğulları, Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 181.

96 "Sair tehdit için alınacak ağır cezayı nakdi otuz liradır. Ancak bu bapta mutazarrır olan şahıs tarafından şikâyetname verilmedikçe takibat yapılmaz."

97 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 357; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 395; Özbek, C. II, s. 681; Üzülmöz, s. 86-87.

Yargıtay'ın tehdit suçunun sair bir kötülük edeceğinden bahisle işlenmesine dair kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın sair kötülük kapsamında kabul ettiği sözlerden bazıları; “işlerini başına yıkarım⁹⁸”, “seni mahkeme bile kurtaramaz, mahkeme seni şimdi benden kurtaracak mı...”⁹⁹, “sen bu adamı hangi hakla eve alıyorsun, başına gelecekleri bilmiyorsun, sana dünyanın kaç bucak olduğunu göstereceğim¹⁰⁰” ve “seni sürüm sürüm süründürürüm¹⁰¹”

3. Manevi Unsurlar

Tehdit suçu yalnızca kastla işlenebilir. Tehditte bulunan kişi haksız bir zarar ile tehditte bulunduğunu bilmeli ve istemelidir¹⁰². Bu suç niteliği itibarıyla olası kast¹⁰³, bilinçli taksir ve taksirle işlenmesi mümkün değildir.

ETCK döneminde tehdit suçunu işleyen failin mağduru haksız bir zarara uğratacağını bildirmeyi istemesi, bir başka deyişle tehdidin tasarlanarak işlenmesinin gerektiği söylenmekteydi. Ani bir öfke ile söylenen sözlerin ciddi bir tehdit kastına dayanamayacağı görüşündeydi¹⁰⁴. Tasarlanarak yapılmayan istemsizce söylenen sözlerle (fevren öfkeyle) tehdit edilmesi durumunda Yargıtay ilk zamanlar bozma kararı vermektedir¹⁰⁵.

Bu dönemde bir görüş, mağdurun iç huzurunu bozan sözlerin fevren söylen-

98 “Sanığın söylediği iddia ve kabul edilen ‘işlerini başına yıkarım’ şeklindeki sözlerin TCK’nın 106/1-2. fıkra ve cümlesinde tanımlanan sair tehdit suçunu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması” Yarg. 9. CD. E. 2010/1224, K. 2012/368, KT. 09.01.2012, Artuk, Gökçen, Yenidünya, C. III, s. 3868.

99 “Sanığın söylediği belirtilen ‘seni mahkeme bile kurtaramaz, mahkeme seni şimdi benden kurtaracak mı...’ sözlerinin TCK’nın 106/1 fıkrasının 2. cümlesi maddesindeki ‘sair tehdit’ kapsamında kaldığı göz önüne alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması” Yarg. 3. CD. E. 2009/20226, K. 2012/6233, KT. 22.02.2012, Artuk, Gökçen, Yenidünya, C. III, s. 3883.

100 “Sanığın, mağduru ‘sen bu adamı hangi hakla eve alıyorsun, başına gelecekleri bilmiyorsun, sana dünyanın kaç bucak olduğunu göstereceğim’ şeklindeki tehdit eyleminin, 5237 sayılı TCK’nın 106/1 madde ve fıkrasının ikinci cümlesinde tanımlanan sair kötülük niteliğinde olduğu gözetilmeden, aynı maddenin birinci fıkrası ile hükümlülük kararı verilmesi” Yarg. 4. CD. E. 2012/14422, 2012/18113, KT. 24.09.2012, Artuk, Gökçen, Yenidünya, C. III, s. 3881.

101 “Sanığın katılana yönelik olarak ‘seni sürüm sürüm süründürürüm’ demekten ibaret eyleminin TCK’nın 106. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine uyan suçu oluşturduğunun gözetilmemesi” Artuk, Gökçen, Yenidünya, C. III, s. 3883.

102 Soyaslan, s. 276.

103 (Krş.) “Bu suçun oluşması bakımından failin hangi saikle hareket ettiğinin bir önemi yoktur. Bu nedenle olası kastla da işlenebilir.” Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Özel Hükümler, s. 399.

104 Erem, C. II, s. 1225; Gözübüyük, C. II, s. 519.

105 “Oluşa ve müştekinin beyanı ile mevcut şehadete göre; sanık tarafından, kavga sırasında fevren söylendiği anlaşılan sözlerde, tehdit suçunun taammüt unsurlarının bulunmadığı gözetilmeden sanığın yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 4. CD. E. 6627, K. 6965, KT. 27.12.1983; Aynı yönde bkz, Yarg. 5. CD. E. 1284, K. 1563, KT. 03.05.1983.

se dahi tehdit suçunun meydana gelmesi için yeterli olacağını söylemektedir¹⁰⁶. Başka bir görüş ise, tehdit suçunda ve tehdidin araç olduğu suçların hiçbirinde, suç tipinde tasarlama (taammüt) öngörülmemesine rağmen Yargıtay'ın bunu yapay öge olarak ekleyip araması suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bu gerekçeyle tasarlamanın bu suç bakımından şart koşulmaması gerektiği görüşündedir¹⁰⁷. Nitekim Yargıtay, öfkenin suç kastını ortadan kaldırmayacağından bozma kararı vermiştir¹⁰⁸.

Kanaatimce, tasarlamaı tehdit suçunun yapay unsuru haline getirmek kanunun maddesinin kıyasa yol açacak derecede geniş yorumlanmasına yol açacağından, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu yüzden fevren öfkeyle söylenen bu sözler tehdit suçunun kapsamına dâhil edilmelidir.

Failin tasarlayarak tehdit suçunu işlenmesi halinde bunu haksız bir filin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemiş olsa da haksız tahrik hükümlerinden yararlanır.

Yargıtay daha sonraları eski görüşünü terk edip tartışma veya kavga esnasında fevren sarf edilen sözlerin tehdit suçunu oluşturacağına ilişkin karar vermiştir¹⁰⁹. Ancak daha sonra bu kararını bozarak eskisi gibi tasarlamaı suçun yapay ögesi olarak aramaya devam etti¹¹⁰. O dönemlerde Yargıtay'ın içtihadı birleştir-

106 Önder, s. 45.

107 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 359; Çınar, s. 203.

108 "Tehdit suçunda, sanık tarafından söylenen sözlerin, objektif değerlendirmeye göre ciddi bir korku ve endişe meydana getirmeye elverişli, yeterli ve uygun olması gerektiği, suçun oluşabilmesinin, tehdidin muhatabı üzerindeki etkisine bağlı bulunmadığı, suçun manevi unsurunun varlığı açısından, tasarlama olarak adlandırılan en yoğun biçiminde gerçekleşmesinin zorunlu olmadığı ve öfkenin suç kastını ortadan kaldırmayacağı gözetilmeden, sanık tarafından söylendiği kabul edilen 'iki tane çocuğum var önce onlara sıkardım sonra da başkana sıkardım' biçimindeki sözlerin Belediye başkanı olan mağdur üzerinde ciddi korku ve endişe meydana getirecek elverişlilikte bulunmadığı şeklindeki yetersiz gerekçe ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 4. CD. E. 2008/22639, K. 2011/371, KT. 25.01.2011, Erdener Yurtcan, *Hürriyete Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi. 3. Baskı, Ankara 2012, s. 18.

109 "Sanık Hasan Karadeniz'in yakınan Beşir Ural'ı kavga sırasında tehdit ettiğinin olay ve kabulden anlaşılması karşısında öfkenin tehdit kastını kaldırmayacağı gözetilmeden, genel kastla işlenen tehdit suçunda özel kast arayan ve yasal dayanaktan yoksun gerekçeyle beraat hükmü kurulması..." Yarg. 4. CD. 14025/16090, KT. 05.11.2002, Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 358.

110 12.06.1193 tarih ve 21605 sayılı Resmi Gazete s. 13; YCGK'nın 18.2.1991 gün, 368/36 sayılı kararında da; "tehdidin manevi unsurunun 'tasarlama' olduğu; bu itibarla sanığın tartışma sırasında söylediği "seni öldüreceğim, buraya gömeceğim" şeklindeki sözlerin tehdit suçunu oluşturmayacağı benimsenmiştir." 25.3.1991 gün, 66/18 sayılı kararında ise konu ile ilgili olarak; "Tehdit; mağduru istenilen bir hakareti yapmağa veya yapmamağa zorlamak ve onu bu yönde korkutmak olduğuna göre hukuken değerlendirilebilmesi için belirtilen sonucu doğurmağa uygunluk, elverişlilik ve yeterlilik koşulları gerçekleşmelidir. Kavgada kızgınlıkla söylenen sözlerde bu koşullar gerçekleşmediğinden tehdit suçu oluşmayacaktır. Çünkü söylenmesi için sebep olmayan ve yapılması mümkün bulunmayan kızgınlık anında sarfedilen geliş güzel sözlerde tehdit kastı vardır denilemez."

me kararı vermesi gereği doğmuştu. YİBGK, içtihadı birleştirmeye gerek duymamıştır¹¹¹. Bu gerek yerine getirilmeden TCK'nın 106'ncı maddesiyle beraber bu ihtilaf da sona ermiş oldu. Gerçekten madde gerekçesinde ve madde metninde tehdit suçunun manevi unsurlarında tasarlanarak işlenmesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu suçun tasarlanarak işlenmesi şart değildir¹¹². Yargıtay istikrarlı bir şekilde fevren yapılan tehditleri suç kapsamına dâhil ederek bu ihtilafı sona erdirmiştir¹¹³.

Failin şaka amacıyla tehdit içeren ifadelerde bulunması ve bu ifadelerin içeriğinin şaka olduğunun belli olması halinde tehdit suçundan bahsedilemez. Örneğin, kişinin kendisini uzun zamandır aramayan arkadaşına *"bunca zamandır aramıyorsun, geberteceğim seni"* demesi suç teşkil etmez¹¹⁴. Yargıtay tehdidin objektif olarak ciddi olmadığı belli ise suçun oluşmayacağına karar vermiştir¹¹⁵. Madde gerekçesinde ise durum şu şekilde ifade edilmiştir;

111 *"...Her ne kadar Ceza Genel Kurulu ve İkinci Ceza Dairesi'nin yerleşmiş içtihatları ile Dördüncü Ceza Dairesi'nin önceki kararlarında tehdit suçunun oluşması için taammüt unsurunun gerçekleşmesi gerektiği ve kavga sırasında fevren söylenen sözlerin tehdit suçunu oluşturmayacağı görüşleri benimsenmiş ise de, Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda sözü edilen son kararında (taammüt unsuru)ndan açıkça söz edilmediği, taammüt unsuruna yer verilmediği ancak bunun yanında, "... kızgınlık anında sarfedilen gelişigüzel sözlerde tehdit kastı vardır denilemez" şeklinde açıklamaya yer verildiği de bir gerçektir. Ancak, kararın tümü itibarıyla değerlendirilmesi durumunda tehdit suçunun belirlenmesinde olaysal değerlendirmeye de ağırlık verildiği görülmektedir. Bu durum karşısında Ceza Genel Kurulu'nun olaysal değerlendirmeye ağırlık veren yeni temayüllü karşısında uygulamanın netleşmesini beklemek yerinde olacak ve dolayısıyla şimdilik içtihadı birleştirme yoluna gitmekte hukuki yarar bulunmayacaktır. Bu sebeplerle, şimdilik içtihadı birleştirme yoluna gitmeye gerek bulunmadığına...karar verildi."* YİBGK, E. 1991/5 K. 1993/1, KT. 18.01.1993 için bkz. 12.06.1193 tarih ve 21605 sayılı Resmî Gazete s. 11 vd.

112 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 359; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 399.

113 *"...sanığın, alacak meselesi yüzünden tartıştığı ve tartışmanın kavgaya dönüştüğü olay anında, müşteki sanıklara hitaben 'ben PKKlıyım, ben aşiretim, istersem kamyonla adam getiririm' biçimindeki sözlerle tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında, öfkenin suç kastını kaldırmayacağı, tehdit suçunda tasarlama ögesinin bulunmadığı, söylenen sözlerin objektif olarak elverişli ve yeterli olması sebebiyle olayda TCK'nın 106/2-d maddesinde tanımlanan tehdit suçunun oluştuğu gözetilmeden, 'kavga ve tartışma sırasında fevren söylenen sözlerin tehdit suçunu oluşturmayacağı' biçimindeki, kanuni olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yerel mahkemenin kararını bozmayı gerektirmiştir..."* Yarg. 4. CD. E. 2014/31355, K. 2015/24632, KT. 16.03.2015 (www.kazanci.com, ET: 29.03.2017); Aynı yönde bkz; Yarg. 4. CD. E. 2014/13317, K. 2016/14895, KT. 01.12.2016, (www.yargitay.gov.tr, ET: 29.03.2017).

114 Erem, C. II, s. 1224; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 400; Özbek, C. II, s. 684.

115 *"Tehdit suçunun oluşması bakımından tehdidin objektif olarak korkutucu ve ciddi bir nitelikte bulunmasının yeterli olduğu, bu sözlerin somut olayda muhatabı üzerinde etkili olup olmamasına bağlı olmayıp, öfkenin suç kastını ortadan kaldırmayacağı ve bu suçta tasarlama ögesinin de aranmadığı gözetilmeden 'sözlerin kızgınlıkla söylendiği' biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır..."* Yarg. 4. CD. 2004/8519, 2006/7901, 21.03.2006, Özbek, C. II, s. 685.

“Failin söz ve davranışlarının muhatabı üzerinde ciddi şekilde korku ve endişe yaratacak uygunluk ve yeterlilik içerip içermediğinin her somut olayda araştırılması gerekir. Objektif olarak ciddi bir mahiyet arzeden tehdidin somut olayda muhatabı üzerinde etkili olması şart değildir. Kişi, fail, objektif olarak ciddi bir mahiyet arzeden söz ve davranışlarla mağduru tehdit etmek istemiş olmasına rağmen; mağdur, bu söz ve davranışları ciddiye almamış olabilir. Bu durumda tehdit yine gerçekleşmiştir. Tehdidin gerçekleşip gerçekleşmemesi, muhatabı üzerinde etkili olup olmamasına bağlı tutulmamalıdır. Failin de kendisinin tehdit konusu tecavüzü gerçekleştirebilecek imkân ve iktidara sahip olduğu kanaatini karşı tarafta uyandırdığını bilmesi gerekir.” Dolayısıyla tehdidin objektif olarak ciddi olmadığı belli ise bu suç oluşmaz¹¹⁶.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. Genel Olarak Hukuka Aykırılık Kavramı

Suçun unsurlarından birini oluşturan hukuka aykırılık, gerçekleşen ve kanuni tipe uygun eyleme hukuk düzenince izin verilmemesi, bu fiilin uygun görülmemesi, yalnız ceza hukukuna değil tüm hukuk düzenine aykırı olması anlamına gelir¹¹⁷. Hukuka aykırılığın içeriğini o toplumda yaşayanların davranış normları belirler. Ceza kanununun suç saydığı bir fiile diğer bir hüküm izin veriyorsa, o fiili hukuk düzeni yasaklamadığından suç olmadığı sonucuna varılır. Bu şekilde izin veren hüküm ceza hukukunda yer alabileceği gibi diğer hukuk alanlarında da yer alabilir¹¹⁸.

Failin, TCK'nın 106'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen tehdit suçundan sorumlu tutulabilmesi için eylemin soyut tehlike doğurmaya elverişli olması yeterli değildir. Aynı zamanda eylemin hukuka aykırı da olması gerekir. Hareketin suçun kanuni tanıma uyması aynı zamanda hukuka aykırı olduğunu da göstermez. Hukuka aykırılık suçun maddi unsuru değildir. Suçun ayrı bir unsurudur¹¹⁹.

Tehdit konusu zararın haksız olması bu suç bakımından şarttır. Madde met-

116 “Şaka yapma iradesi gibi nedenlerle tehdit fiilinin işlenmesi durumunda – fiilin objektif olarak korkutucu olma niteliğine sahip olması kaydıyla – bu suç oluşur.” (Krş.) Tezcan, Erdem, Önok, s. 454.

117 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, 10. Bası, İstanbul, 1994, s. 1-2; Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Yayıncılık, İstanbul, 1949, s. 112; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaacılık, Ankara, 1975, s. 195; Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Genel Hükümler*, s. 378; Özgenç, s. 287; Demirbaş, s. 262-263; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 413; Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 19 vd.

118 Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Genel Hükümler*, s. 378.

119 Demirbaş, s. 263; Akbulut, s. 204.

ninde yer alan “saldırı gerçekleştireceği”, “zarara uğratacağı” ve “kötülük edeceği” ifadelerinden tehdide maruz kalan kişiye yapılan bildirim haksızlığını ortaya çıkarmaktadır¹²⁰. Eğer haksızlığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebebi varsa tehdit konusu zarar haksız olmayacağından suç oluşmaz. Hukuka uygunluk sebepleri TCK’nda düzenlenmiştir.

b. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kanuna aykırı bir fiilin işlenmesine izin verip hukuka aykırı olmasını önleyen, hukuka aykırılığını ortadan kaldıran kurala hukuka uygunluk sebebi denilmektedir¹²¹. TCK’nın “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” başlığı altında ikinci bölümünde, hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran azaltan sebepler bir arada düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebepleri TCK’nın 106’ncı maddesi bakımından özellik arz etmez. Somut olaylarda uygulanabilirliği varsa, incelenen suç bakımından uygulanır. Bu suç bakımından örneklerini görebileğimiz TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri; görevin ifası (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) şeklinde sayılabilir. TCK’nda yer alan tüm hukuka uygunluk sebepleri bu suç bakımından uygulanabilir. Örneğin, alacaklının borcunu ödemeyen borçlusuna karşı “*borcunu ödemezsen öldürürüm*” şeklinde ifade bulunması ve karşı tarafın korkarak borcunu ödemesi halinde karşı tarafa bildirilen eylem hukuka aykırıdır, suç oluşur. Bu durumda TCK’nın 150’nci maddesi gereğince alacağın tahsili amacıyla tehdit edildiği için yağma hükümleri uygulanmaz, hâkim tehdit suçunda ceza vermelidir. Ancak, borcunu ödemeyen borçlusuna alacaklı yasal haklarını kullanacağına ilişkin tehditte bulunması durumunda alacaklı yasal hakkını kullandığı için TCK’nın 26’nci maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinde yararlanır. Böylece eylem suç teşkil etmez¹²².

5. Kusurluluk

a. Genel Olarak

Failin fiili ile ceza hukuku anlamında kınanabilmesini ifade eden kusur, fiilin kast veya taksire dayalı haksızlık olmasından veya hukuka aykırı olmasından ayrı, failin haksızlık teşkil eden eylemi hakkında bir değer yargısıdır. Kast veya taksir kusurun bir unsuru değil haksızlığın manevi unsurudur. Bu bakımdan

120 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 360; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 398.

121 Kunter, s. 111; Alacakaptan, s. 98; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 379; Akbulut, s. 415.

122 Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 399.

failin kusuru olmadan işlenen fiil, suç vasfını taşımaya devam eden ve işlenen fiil dolayısıyla failin kusurlu sayılıp sayılmaması, tüm unsurlarıyla gerçekleşen eylemin suç vasfına sahip olmasına etkili olmaz¹²³.

b. Kusurluluğu Etkileyen Haller

Kusurluluğu azaltan veya kaldıran nedenlere TCK'da yer verilmiştir. Kusurluluğun kalkması durumunda fail eyleminden dolayı kınanamaz. Ancak tazminat gibi ceza hukuku dışındaki sorumluluklar doğabilir. Kusurluluğu azaltan hallerde ise, faile meydana getirdiği eylemden dolayı cezası indirilerek verilir.

Kusurluluğu azaltan veya kaldıran nedenlerin hepsi tehdit suçunda uygulanabilir. Örneğin, kendisine doğru köpeklerin geldiğini gören kişinin vücut bütünlüğüne zarar gelmesini önlemek için kendisine yönelik tehlikeye karşı orantılı olarak yanındaki arabanın içindeki kimseye silahını doğrultarak kapıyı açmaması halinde öldüreceğini söylemesi durumunda tehdit suçu gerçekleşse de zorunluluk hali (TCK m. 25/2) hükümlerinden yararlanarak silahla tehdit etme eyleminde bulunan kişinin kusurluluğu ortadan kalkar.

6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Teşebbüs, TCK'nın genel hükümler kısmında 35'inci maddede düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”*

Suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren ancak suçu tamamlamayan teşebbüs aşamasında bırakan kişiye ceza suçun temel halinden indirim yapılarak verilir. TCK'nın 35'inci maddesi uyarınca teşebbüsün şartları, kasten işlenebilen bir suçun işlenmek istenmesi, gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde ve neticeyi meydana getirmeye elverişli olması, neticeli bir suçun veya hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması, suçun icra hareketine başlanmış olmakla birlikte, bu hareketlerin tamamlanmamış veya tamamlanmış olmakla birlikte neticenin gerçekleşmemiş olması, şeklinde sayılabilir¹²⁴. Bu şartlara bakıldığında TCK'nda düzenlenen bazı suçların niteliği itibarıyla teşebbüse elverişli olmadığı sonucuna varılabilir.

Tehdit suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı incelenirken bu suçun niteliğine bakılması gerekir. Bu suç niteliği itibarıyla sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanır (yazılı tehditte

123 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 480; Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 298.

124 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 593-594.

mağdurun tehdit içerikli beyanı okuması veya sözlü tehditte mağdurun tehdit içerikli beyanı algılaması ile suç tamamlanır)¹²⁵. İcra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa bu suçta teşebbüs mümkündür¹²⁶.

Tehdidin sözle yapılması durumunda hareket mağdurun iç huzurunu bozmaya onda korku hâsil etmeye elverişli ise suç tamamlanır. Tehdit sözle yapılmışsa icra hareketleri bölünemediğinden teşebbüs mümkün değildir.

Tehdidin iletiyle (yazıyla) yapılması durumunda teşebbüs mümkün olabilir. Zira yazıyla yapılan tehditte icra hareketleri kısımlara bölünebilir. Örneğin, mektupla tehditte bulunan kişinin mektup muhatabına ulaşmadan posta kutusunda veya yolda mektubu imha ederse ya da hareketin gerçekleşmesine engel olursa icra hareketleri kesildiğinden suç tamamlanamayacak teşebbüs aşamasında kalacaktır. Mektup muhatabına ulaşmışsa (mektup okunmuşsa) icra hareketleri bitmiş, suç tamamlanmış olacaktır.

b. İştirak

Suçta iştirakin her şekli (Şerik, azmettiren, yardım eden) bu suç bakımından mümkündür. İştirak bakımından bu suç bir özellik taşımamaktadır. Ancak failin eylemi soyut tehlike doğurmaya elverişli (iç huzuru bozucu, korkutucu nitelikte) değilse suç meydana gelmediğinden şerikler sorumlu olmayacaktır.

Suçta iştirak edenin cezalandırılabilmesi, TCK'nın 40'ıncı maddesinde düzenlenen iştirakte bağlılık kuralı gereğince, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığına bağlıdır. Bu bakımdan, suç tamamlanana kadar (mağdurun tehdit içerikli beyanı alması) iştirak etmek mümkündür. Bağlılık kuralı gereğince fiil bakımından hukuka aykırılık ve kast aranmaktadır.

c. İctima

Fikri içtimada eylemin tek olup olmadığının belirlenmesinde, hareket esas alınmalıdır. Bu nedenle hareketin tekliği ve çokluğu ayrımı kullanılmalıdır, çünkü haksızlığın esasını hareket oluşturmaktadır. Suçların birleşmesi konusunda eylem tekliği denilince bundan hareketin tekliği anlaşılmalıdır. Nitekim TCK'da eylem kavramının hareketi ifade etmek üzere kullanıldığı bazı maddelerin metni ve gerekçelerinden de açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin TCK'nın 44'üncü madde-

125 Soyaslan, s. 275.

126 Faruk Erem, Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınları, 4. Basım, Ankara, 1983, s. 101; Erem, C. II, s. 1221; Önder, s. 51; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. I*, Beta Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul, 1994, s. 455; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 610; Yaşar, Gökçen, Artuç, s. 3578; Hafızoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, s. 324; Özbek, C. II, s. 686; Demirbaş, s. 478; Gökhan Taneri, *Tehdit ve Hakaret*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 70; Üzülmöz, s. 123; Çınar, s. 160; Önder Tozman, *Suçta Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 228; Parlar, Hatipoğlu, C. II, s. 1746.

sinin gerekçesinde verilen örneklerden anlaşılın eylemden maksadın hareket olduğudur¹²⁷. Yine eylemin, neticeyi kapsamadığı TCK'nın 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında da açıkça ifade edilmektedir¹²⁸.

Belirlenebilir bir veya birden fazla kişi tehdit suçunun mağduru olabildiğinden TCK'nda düzenlenen zincirleme suç, aynı nevi'den fikri içtima ve farklı nevi'den fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin, halı saha maçında karşı takımın altı oyuncusuna birden “*maçı kaybetmezsenizi öldürürüm*” sözüyle tehditte bulunan fail, bir fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlediğinden aynı nevi'den fikri içtima hükümleri uygulanır. Yargıtay failin bir fiille bütün gruba tehdit etmesi eyleminden dolayı tüm mağdurlar bakımından ayrı ayrı cezalandırılmasına hükmeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹²⁹.

Tehdit suçu ile başka suçların fikri içtimaı mümkündür. Örneğin, fail kişiyi korkutmak amacıyla silahı doğrultarak “*borcunu ödemezsen seni yollum yaparım*” demesi durumunda bir fiille hem tehdit hem de şeref ve saygınlığı rencide edebilecek sözle hakaret suçunu meydana getirmiş olur. Bu durumda farklı nevi'den fikri içtima hükümlerine başvurulur. Fikri içtima, birden fazla ortaya çıkan ve her biri ayrı birbirinden bağımsız suç teşkil eden neticelerden gerçek içtima kurallarının uygulanıp faile daha fazla cezanın verilmesini engelleyen bir kurumdur¹³⁰. Bu suçlardan fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekir. En ağır suç tespit ederken failin eyleminin yol açtığı ceza somut olay incelenerek tespit edilir. Cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61'inci maddesi esas alınır. Yani, artırım ve indirim sebepleri, haksız tahrik, zincirleme suç, teşebbüs,

127 TCK m. 44'ün gerekçesi: “Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraldıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.”

128 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 712-718.

129 “Sanığın üstü tehdit suçunu oluşturan sözleri, bir defada ve mağdurları bir grup şeklinde hedef alarak sarf etmiş olması nedeniyle, birden fazla kimselere karşı yapılan tehdit suçları aynı suç işleme kararına bağlandıkları takdirde, müteselsil suç sayılmaları mümkün olduğundan, sanığın tek bir fiille iki ayrı üstüne karşı gerçekleştirdiği, üstü tehdit suçlarından dolayı ayrı ayrı cezalandırılması kanuna aykırıdır.” As. Yarg. 1. D. E. 2006/135, K. 2006/134, AYKD, S. 20, Y. 2007, Özbek, C. II, s. 696'dan naklen alınmıştır.

130 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 1992, s. 486; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 710.

yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusurluluğu artıran azaltan sebeplere uygulanmalı ve ceza bu şekilde belirlenmelidir. Sonuç ceza belirlendikten sonra hangi suçun cezası ağır ise faile o suçtan ceza verilir. Çünkü farklı nevi'den fikri içtimanın mantığı, faili ağır olan suçtan cezalandırmaktır. Örneğe bakıldığında en ağır ceza iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası gerektiren nitelikli tehdit suçunun cezası olduğundan fail bu suçtan cezalandırılır.

Yargıtay bir kararında tek fülle hem tehdit hem de TCK'nın 106'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen tehdit amacı taşımaksızın mala zarar verme suçunun işlenmesi durumunda farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹³¹.

Kişinin kötülükte bulunacağından bahisle tehditte bulunması ve eylemin tehdide maruz kalan kişinin iç huzurunu bozmaya ve onda korku meydana getirmeye elverişli olması halinde suç tamamlanmış olur. Zira failin tehdit konusu kötülüğü gerçekleştirip gerçekleştirilmemesi suçun meydana gelmesi bakımından önemli değildir. Eğer fail tehdit eylemini gerçekleştirdikten sonra ayrıca tehdit konusu kötülüğü de meydana getirirse ve bu kötülük suç teşkil ederse failin cezalandırılmasına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. ETCK döneminde de kabul gören görüş, tehdit suçunu düzenleyen normun işlenen suçu düzenleyen norma göre yardımcı norm niteliğinde olduğundan tehdit ileriye dönük bir zarara uğratma amacı güttüğünden tehdit konusu zararın gerçekleştirilmesi durumunda fail yalnızca meydana gelen suçtan sorumlu tutulması gerektiğini söyler¹³².

Benim de katıldığım görüşe göre¹³³ TCK'nın 106'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına¹³⁴ giren suçlar için özel içtima kuralı getirilerek her bir fiilden ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kanunda düzenlenmiştir. Bu maddede sayılmayan suçlar bakımından tehdit konusu zararın meydana gelmesi durumunda gerçek içtima uygulanarak fail hem araç fiil olan tehditten hem de meydana gelen zarardan sorumlu tutulmalıdır. Kanun koyucu burada bir fülle birden fazla suç meydana gel-

131 "Samün, mağdur Y.'yi tehdit etmek için havaya ateş ettiğinde mermi çekirdeğinin mağdur YA.'nın fırın dükkanının üst camını ve tavandaki lambayı kırdığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 106/3 maddesi gereğince mala zarar vermenin tehdit amacıyla işlendiğinden de bahsedilmeyeceği olayda; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hedefte sapma durumuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, fikri içtimayı düzenleyen 44. maddesi gereğince, tek eylem sonucu meydana gelen suçlardan en ağır cezayı gerektiren tehdit suçundan cezalandırılmakla yetinilmesi yerine, ayrıca olası kastla mala zarar verme suçundan hükümlülük kararı verilmesi" Yarg. 4. CD. E. 2010/4702, K. 2012/6251, KT. 19.03.2012, Artuk, Gökcan, Yenidünya, C. III, s. 3867.

132 Sözüer, s. 143; Çınar, 168; Üzülmöz, s. 128; Tezcan, Erdem, Önok, s. 456.

133 Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 362; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 403; Özbek, C. II, s. 686; Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 3580.

134 TCK m. 106/3: "Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir."

se bile eğer tehdit amacıyla işlenmişse özel içtima kuralına yer vererek farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasını engellemiştir. Bu durumda gerçek içtima uygulanır. Örneğin, “benimle uğraşırsan bunun bu araba gibi olur” sözlerin sarf eden failin, kayınpederine ait arabayı yakması durumunda tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu ile şahsi cezasızlık sebebiyle ceza verilmeyecek olan mala zarar verme suçları meydana gelir. Faile tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan ceza verilmelidir. Nitekim Yargıtay, tehdit suçu ile TCK’nın 106’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan suçların işlenmesi halinde ayrı ayrı ceza verileceğine karar vermektedir¹³⁵.

Tehdit, çoğu zaman başka bir suçun unsurunu oluşturmaktadır. Ancak, TCK’nın 106’ncı maddesinde tehdidin kendisi bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan tehdit suçu, genel ve tamamlayıcı bir suçtur. Tehdit suçuyla birçok suç arasında ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkinin en somut hali ceza kanunu genel hükümler kısmının 42’nci maddesinde düzenlenen bileşik suç hükümleridir.

“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.” Kanun koyucu bu madde ile biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni ise tek fiil sayıp faile tek ceza verilmesini istemektedir.

(1). Kusurluluğu Kaldıran Tehdit İle Arasındaki İlişki (TCK m. 28)

Kusurluluğu kaldıran hallerden tehdit TCK’nın 28’inci maddesinde¹³⁶ düzenlenmiştir. Kusurluluğu kaldıran hallerden tehditle suçun işlenmesi halinde araç olarak kullanılan kişi eyleminden dolayı kınanamaz.

Kusurluluğu kaldıran tehditle başkasına suç işletilmesi halinde araç olarak kullanan kişi fail (dolaylı fail¹³⁷) olarak sorumlu olur. Araç olarak kullanılan kişiye ceza verilmez. Örneğin, komşusunun malını çalıp kendisine vermezse çocuğunun öldürüleceğinden bahisle tehditte bulunulan kişi, komşusunun malını çalarsa fail hem tehdit suçundan hem de dolaylı faillik gereğince tehditte bu-

135 “5237 sayılı TCK’nın 106/3. maddesinde ‘tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verileceği’ düzenlemesi karşısında, somut olayda, katilana ait koyunların sanığın tarlasına girmesi nedeniyle çıkan tartışmada, sanığın, ele geçirdiği çal ile katilana vurduğu sırada ‘senin kafanı deleceğim’ şeklindeki sözlerle tehdit ettiği sabit olduğu halde, atılı tehdit suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi” Yarg. 4. CD. 22816/29809, KT. 27.11.2013, Artuk, Gökçen, Yenidünya, C. III, s. 3867.

136 TCK m. 28: “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”

137 TCK m. 37/2: “Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.”

lunduğu kişinin işlemiş olduğu hırsızlık suçundan sorumlu tutulmalıdır. Burada hukuki anlamda iki fiil olduğundan faile ceza bu suçların cezasının toplanması suretiyle verilir.

(2). İntihara Yönlendirme Suçu ile Arasındaki İlişki (TCK m. 84)

İntihara yönlendirme suçu TCK'nın 84'üncü maddesinde¹³⁸ düzenlenmiştir. Türk ceza hukukunda intihar eden cezalandırılmamaktadır. Bir kişiyi intihar etmesi hususunda yönlendiren cezalandırılmaktadır. Yönlendirme azmettirme ve yardım etme olmak üzere iki şekilde mümkündür. Burada genel hükümlerdeki iştirak hükümlerine bakılır¹³⁹.

Tehdit suçu ile intihara yönlendirme suçu arasındaki irtibat TCK'nın 84'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasının son cümlesinde görülmektedir. TCK m. 84/4'e göre; *“Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”*

Fail tehditte bulunarak bir başkasının ölümüne neden olmuş ise, artık intihara yönlendirme suçundan değil, kasten öldürme suçundan dolayı faillik gereğince (TCK m. 37/2) sorumlu tutulur. Madde gerekçesinde de bu durum ifade edilmiştir¹⁴⁰. Bu sebeple ayrıca TCK m. 84/4'ün düzenlenmesi gereksizdir¹⁴¹. Ancak bu maddenin düzenlenmesi ile tehditle intihara mecbur edenler bakımından TCK m. 84/4 uygulanmalıdır. Bu maddede düzenlenen tehdit, intihara yönlendirme suçunun unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yüzden bileşik suç hükümleri uygulanarak bir suçtan ceza verilir. Bu hüküm gereğince ortada iki suç olsa da fail yalnızca kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur¹⁴². Tehdit sonucu intihara mecbur bırakılan kişi intihar etmesi neticesinde ölmezse yine bu hüküm uygulanır. Ancak ölüm neticesi tamamlanamadığında kanunun düzenleme amacına ve cezalandırmanın niteliğine bakıldığında fail kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır¹⁴³.

138 TCK m. 84: *“(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

139 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 213; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 176.

140 *“... Tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir.”*

141 Tezcan, Erdem, Önok, s. 192-193.

142 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 220; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 180.

143 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 220; Tezcan, Erdem, Önok, s. 200; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C. I*, Beta Yayıncılık, 3. Bası, Ankara, 2016, s. 95.

(3). Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu ile Arasındaki İlişki (TCK m. 116)

Konut dokunulmazlığının ihlali suçu TCK'nın 116'ncı maddesinde¹⁴⁴ düzenlenmiştir. Bu suçla yasaklanan fiil; “girmek” ve “çıkarmak” şeklinde madde metninde ifade edilmiştir. Failin kendisini oradan çıkartmak hakkına sahip olan birinin rızası hilafına konutuna veya konutunun eklentisine (ya da işyeri veya eklentisine) girmesi veya rıza ile girdikten sonra çıkması istenilmesine rağmen çıkamamasıdır. Yukarıda bahsedilen hareketlerden birinin yapılması ile suç gerçekleşeceğinden seçimlik hareketli bir suçtur. Rıza dışı girdiği konuttan belirli bir süre çıkmamak ile suçun maddi unsuru gerçekleştiği için mütemadi bir suçtur¹⁴⁵.

Bu suçun dördüncü fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale yer verilmiştir. Fiilin tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde temel ceza artırırlarak hükmolunur. Bu durumda tehdit suçu konut dokunulmazlığının ihlali ile birlikte gerçekleşmektedir. Bir fiile birden fazla suç meydana geldiğinden içtima hükümleri söz konusudur. Ancak TCK'nın 42'nci maddesi gereğince biri diğerinin ağırlaştırıcı sebebi olması dolayısıyla tek fiil sayılacağından içtima hükümleri uygulanmaz. Konut dokunulmazlığının ihlali tüketen norm, tehdit tüketilen normdur. Fail yalnızca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden yararlanır.

(4). Hakaret Suçu ile Arasındaki İlişki (TCK m. 125)

Hakaret suçu TCK'nın 125'inci maddesinde düzenlenmiştir. Somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi, sövmek suretiyle onur, şeref ve saygınlığa saldırılması, isnadın şeref ve saygınlığı rencide edici olması, isnadın mağdura isnat ve izafesi, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi şeklinde beş başlık altında incelenebilecek hakaret soyut tehlike suçu özelliği göstermektedir¹⁴⁶.

Soyut tehlike suçu olan hakarete, mağdurun subjektif olarak onur, şeref ve saygınlığının zedelenmiş olması aranmaz. Sözlü veya yazılı yapılan tehdidin mağdurun şeref ve saygınlığını zedeleyici elverişlilikte olması suçun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir.

Hakaret huzurda ve gıyapta olmak üzere iki şekilde işlenebilir. Hakaret, sırf

144 TCK m. 116/1: “Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

145 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 421; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 435 - 436; Tezcan, Erdem, Önok, s. 521.

146 Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 497-498; Soyaslan, s. 297.

hareket suçudur. Şeref ve saygınlığı zedeleyici sözün mağdura ulaşması ile suç gerçekleşir. Gıyapta hakarete kanun koyucu üç kişiye ihtilat etmesini arayarak objektif cezalandırılabilme şartı getirmiştir.

Tehdit suçu hakaretle beraber işlenmesi halinde filin hukuki anlamda tekliği üzerine çeşitli durumlar ortaya çıkacaktır. Hakaret tehditle birlikte tek cümlede söylene bile (yazılı veya sözlü) hukuki anlamda iki hareket vardır. Örneğin “*yosma seni gebertirim*” sözünde “*yosma*” hukuki anlamda şeref ve saygınlığı zedeleyici tek hareket (hakaret) “*seni gebertirim*” sözü ise kişinin iç huzurunu zedeleyici (tehdit) hukuki anlamda tek harekettir. Burada her ne kadar aynı cümlede söylene bile hukuki anlamda iki farklı hareket olduğundan gerçek içtima hükümler uygulanır. Faile iki suçun cezası toplanarak verilir¹⁴⁷. Ancak hukuki anlamda tek hareket varsa bir fiille birden fazla suç işlendiğinden farklı nevi'den fikri içtima hükümleri uygulanır. Örneğin “*seni metresim yaparım*” sözünde tek fiille hem hakaret hem de tehdit meydana geldiğinden en ağır cezayı gerektiren suçtan fail cezalandırılmalıdır.

(5). Yağma Suçu ile Arasındaki İlişki (TCK m. 148)

Yağma suçu TCK'nın 148'inci maddesinde¹⁴⁸ düzenlenmiştir. Çok hareketli bir suçtur. Amaç ve araç hareketlerden meydana gelir. Cebir ve tehditte bulunmak araç hareketi, eşyayı almak ise amaç hareketi oluşturmaktadır. Yağma suçu bu bakımdan bakıldığında cebir veya tehditle işlenen hırsızlıktır¹⁴⁹. Dolayısıyla yağma içinde iki farklı suçu barındırmaktadır. Tehdit bu suçun unsuru olduğundan bir fiille hem tehdit hem de hırsızlık gerçekleştirildiğinde içtima hükümleri uygulanmaz. Zira biri diğerinin unsuru olduğundan TCK'nın 42'nci maddesinde düzenlenen bileşik suç hükümleri söz konusu olur. Tehdit ve hırsızlık yağma suçunu meydana getireceğinden fail yağma suçundan sorumlu tutulur¹⁵⁰.

(6). Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu ile Arasındaki İlişki (TCK m. 170)

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu TCK'nın 170'inci maddesinde düzenlenmiştir. Somut tehlike suçu özelliği göstermektedir. Kişinin eylemi somut tehlike doğurmaya elverişli değilse kanunda düzenlenen seçimlik

147 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 362; Özbek, C. II s. 687; Taneri, s. 320.

148 TCK m. 148: “(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağın bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

149 Koca, Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 582; Soyaslan, s. 401.

150 Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Özel Hükümler*, s. 662; Tezcan, Erdem, Önok, s. 702; Soyaslan, s. 410.

hareketler (yangın çıkarma, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, silahla ateş etme veya patlayıcı madde kullanma) gerçekleşse bile fail cezalandırılmaz. Bu suç objektif cezalandırılabilme şartı taşımaktadır (kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik meydana getirebilecek tarzda somut tehlikeye neden olma)¹⁵¹.

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ile tehdit suçu arasında içtima ilişkisi bulunmaktadır. Bir fiille TCK m. 170’de sayılan seçimlik hareketlerin neticesinde somut tehlike meydana gelirse ve aynı zamanda da bu fiil soyut tehlikeyi içeren tehdidi meydana getiriyorsa farklı nevi’den fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Örneğin, kendisini yaralamak için gelen kişiyi korkutmak ve saldırıyı engellemek için havaya ateşe eden kişi, hem tehdit hem de silahla ateş edildiği için genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunu gerçekleştirmiş olur. Silahla tehdit suçunda ceza TCK’nın 106’ncı maddesinin 2’nci fıkrasının (a) bendi gereğince iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasını, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunda ceza TCK’nın 170’inci maddesinin 1’inci fıkrası gereğince altı aydan üç yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Örnek, olayda fail işlediği bir silahla ateş etmek fiili ile hem tehdit hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunu meydana getirdiğinden farklı nevi’den fikri içtima kuralı gereğince faile en ağır olan tehdit suçundan ceza verilir¹⁵².

Yargıtay kararlarına bakıldığında ortaya bir fiille hem tehdit hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu çıktığında farklı nevi’den fikri içtima kurallarını uygulandığı görülmektedir¹⁵³. Nitekim Yargıtay bir kararında; *“TCK’nun fikri içtimayı düzenleyen 44. maddesinin, bir eylem ile birden fazla ve farklı suçun oluşmasına neden olan kişinin bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacağını öngören hükmü karşısında, sanığın işlemiş olduğu TCK’nın 106/2-a hükmünde yazılı tehdit, 170/1-c madde ve fıkrasında yazılı, kişilerde korku, kaygı ve panik meydana getirebilecek şekilde ateş etme suçlarında belirtilen cezaların en ağırı olan tehdit suçundan ceza verilmesiyle yetinilmesi gerekirken yazılı biçimde hükümler kurularak fazla ceza tayini yasaaya aykırı...¹⁵⁴”* TCK’nın 44’üncü maddesinin uygulanmaması gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

151 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 528-529; Alaaddin Egemenoglu, *Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 27.

152 Egemenoglu, s. 95.

153 Yarg. 8. CD. E. 2016/1569 K. 2016/6584, KT: 23.05.2016 (www.yargitay.gov.tr, ET: 05.12.2016).

154 Yarg. 1. CD. E. 2012/1268, K. 2012/8856, KT: 29.11.2012 (www.yargitay.gov.tr, ET: 05.01.2017).

Sonuç

Tehdit, TCK'nın "*hürriyete karşı suçlar*" bölümünde düzenlenen, mağdur üzerinde meydana gelen objektif olarak elverişli ve yeterli eylem ile mağdurun iç huzurunu bozan bir suçtur. Bu suç ETCK'nın 191'inci maddesinde düzenlenen tehdit suçu ile farklılıklar göstermektedir. Öncelikle TCK şartlı tehdit-basit tehdit ayrımını sona erdirmiştir. "*Yakını*" ibaresini madde metnine ekleyerek uygulamada içtihatla doldurulan boşluğu gidermiştir. "*Ağır ve haksız*" zarar ölçütünü kaldırmıştır. Suçun gerçekleşmesi bakımından mağdurun sübjektif durumuna değil, objektif olarak tehdidin karşı tarafın iç huzurunu bozmaya elverişli olması ölçütü getirmiştir (soyut tehlike). TCK'nın 106'ncı maddesinde ve bu maddenin gerekçesinde tehdit suçunun manevi unsurunda tehdidin tasarlanarak işlenmesine yer verilmemiştir. Fevren ve öfke ile söylenen sözlerin karşı tarafın iç huzurunu bozmaya elverişli olması durumunda failin tehdit suçundan sorumlu olacağı uygulama ve doktrinde kabul edilmiştir. Böylece ETCK döneminde ortaya çıkan öfke ile fevren tehdit söyleminde bulunulması halinde sözlerin tasarlanarak söylenmediği için suçun meydana gelmediğine dair uygulamada ihtilafa neden olan mesele çözülmüştür.

Şantaj ve cebir kullanma suçu ile beraber düzenlenen tehdit suçu ile bu suçlar benzerlik gösterse de aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Tehdit niteliği itibariyle şantaj suçu ile sıkı irtibat halindedir. Bu suçta da mağdurun iradesi baskı altındadır. Şantaj suçunda, şantaja konu olarak açıklanacak hususun bitmiş, geçmişte kalmış bir olay olması gereklidir. Tehditte ise failin iradesine bağlı gelecekte meydana gelecek olan kötülük söz konusudur. Mağdurun hukuka aykırı bir zeminde bulunması ve failin mağdurun bu durumundan yararlanarak tehdit etmesi halinde de şantaj suçu gerçekleşir. Bu durumda tehdit şantaj suçuyla birlikte gerçekleşir. TCK m. 107/2 gereğince bileşik suç hükümleri uygulanarak tehdit şantaj suçunun içerisinde tüketilir. TCK'da cebir suçu ayrı tehditten bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Böylece ETCK döneminde yapılan şartlı tehdit, cebir kullanma suçundan ayrı bir fiil olmuştur.

Sırf hareket suçu özelliği taşıyan tehdit suçuna teşebbüs, icra hareketleri bölünebiliyorsa mümkündür. Bu ise yazıyla yapılan tehditlerde söz konusu olabilir. Sözlü tehdit yüz yüze olup mağdurun duyup algılaması ile meydana geleceğinden icra hareketlerinin bölünebilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile sözlü veya işaretle işlenen tehdit suçuna teşebbüs mümkün değildir.

Tehdit genel ve tamamlayıcı bir suç olduğundan diğer suçlarla içtima ilişkisine girebilmektedir. Bu durumda bir fiille başka suçun unsuru veya ağırlatıcı sebebi olan tehditte içtima hükümleri uygulanamaz. Tehdit, bileşik suç hükümleri uygulanarak başka suçun içinde tüketilmektedir. Eğer tehdit suçu başka suçun

unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi değilse ve bir fiille başka suçlarla beraber işlenmişse farklı nev’iden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına müsaittir.

ACK’nın 241’inci maddesinin 2’nci fıkrasında doğru olmadığını bildiği halde gerçek olmayan bir beyanla bir suçun gerçekleşmek üzere olduğunu söylerse tehdidin cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra düzenlenmiş eylem tehdit suçunun içeriğine girmemektedir. Ancak bu şekilde bir beyanda bulunulması neticesinde bu sözlere maruz kalan kişinin iç huzurunun bozulması, korkması ve güvenlik endişesi içine düşmesi kaçınılmazdır. ACK’da böyle bir eylemin cezalandırılması yerinde olmuştur. TCK’da da benzer şekilde bir düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu şekilde bir düzenleme yapılırken suçun meydana gelmesi bakımından tehdit suçunda olduğu gibi eylemin bu suçu doğurmaya elverişli olup olmamasına da bakılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaacılık, Ankara 1975.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2016.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C. III*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- Bal Keçeci, Raziye, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Tehdit Suçu”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, T.C. AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Ankara, 2010.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayıncılık, 9. Bası, İstanbul, 2016.
- Çınar, Ali Rıza, *Tehdit Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2016.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II*, Beta Yayıncılık, 10. Bası, İstanbul, 1994.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku C. I*, Beta Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul, 1994.
- Egemenoğlu, Alaaddin, *Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Erem, Faruk / Danışman Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- Erem, Faruk / Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınları, 4. Basım, Ankara, 1983.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler C. II*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.
- Gökçen, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar”, *LHD*, Y: 2, S: 32, İstanbul, 2005.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C. II*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 64, İstanbul, 1988.
- Hafızoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2016.
- Heindrich, Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I*, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Yayıncılık, İstanbul, 1949.
- Majno, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Sevinç Matbaacılık, C. III, Ankara, 1980.
- Malkoç, İsmail, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu C. I*, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005.
- Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Açıklamaları*, Adil Yayıncılık, Ankara, 1999.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 1992.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1994.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2016.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2016.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C. II Özel Hükümler (Madde 76-169)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Özek, Çetin, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İÜHFİM*, C. 29, S. 4, sa. 933-995.
- Özen, Muharrem, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Ceza Genel Hükümler*, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Gezer, Özge Sırma / Kirit, Yasemin F. Saygılar / Özyayın, Özdem / Akcan, Esra Alan / Tütüncü, Efser Erden, *Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, Ankara, 2016.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, 2016.
- Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Sakar, Abdurrahman, “Tehdit Suçu”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, T.C. Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2009.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2016.
- Sözüer, Adem, “Tehdit Suçu”, *İÜHFİM*, C. 54, İstanbul, 1994, s. 125-146.
- Taner, Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu”, *TBB Dergisi*, S. 92, Ankara, 2011, s. 118-156.
- Taneri, Gökhan, *Tehdit Ve Hakaret*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2016.
- Tozman, Önder, *Suçta Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Üzülmez, İlhan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj Ve Cebir Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

- Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu Türkçe Çeviri*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- Yurtcan, Erdener, *Hürriyete Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2012.

Elektronik Kaynaklar

- www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 29.03.2017).
- www.legislationonline.org (Erişim Tarihi: 27.03.2017).
- www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.12.2016).
- www.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 05.12.2016).

ÖZ

Devlet, emirler ve yasaklar neticesinde öngördüğü yaptırımlarla toplumun düzen içinde yaşamasını sağlamaktadır. Tehdit eylemi karşı tarafın iç huzurunu bozucu nitelikte olmakla birlikte muhatabının iradesini baskı altına alıcı niteliğe de sahiptir. Bu niteliklere sahip tehdide toplumun maruz kalmaması için kanun koyucu suç politikası gereği TCK'nın 106'ncı (tehdit suçu) maddesiyle toplumu koruma altına almıştır. TCK'nın özel hükümler kısmında ve özel kanunların suç içeren hükümlerinde suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenen tehdit, bu niteliği itibarıyla genel ve tamamlayıcı bir normdur.

Anahtar Kelimeler: Tehdit, Fikri içtima, Soyut tehlike.

ÖZEL HUKUK

Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

(Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.06.2014 Tarihli Kararından Hareketle Konuya İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler)*

The Effect of Administrative Court's Cancellation Decision about Nonprocedural Tender to the Public Tender Contract

(Evaluation about Civil Department No. 15 of the Supreme Court's Decision (Date: 12.06.2014))

Harun DEMİRBAŞ**

ABSTRACT

In this article, the effect of Administrative Court's cancellation decision about nonprocedural tender to the public tender contract was taken into consideration. In the mentioned examination, Civil Department No. 15 of the Supreme Court's Decision (Date: 12.06.2014) was taken as a basis.

Keywords: Nonprocedural tender, Administrative Court's cancellation decision, Public tender contract

I. İnceleme Konusu Karar: Y. 15. HD., E.2014/1821, K. 2014/4114, T. 12.6.2014¹

“KARAR: Uyuşmazlık yap-işlet-devret sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, davada Antalya'daki toplu taşıma araçlarında kullanılmak üzere araç takip ve akıllı kart sistemi kurulması ve işletilmesi konusunda davalı Belediye'nin 22.2.2007 tarihinde yaptığı ihalenin davacı üzerinde kalması ve Belediye Başkanının da 28.2.2007 tarihinde ihaleyi onaylamasıyla taraflar arasında 26.3.2007 tarihinde sözleşme imzalandığı, sözleşme uyarınca işe başlanıla-

* Makale gönderim tarihi: 30.03.2017. Makale kabul tarihi: 28.04.2017.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

1 Kazancı İçtihat Bankası.

rak yatırımların gerçekleştirildiği ve sonrasında işletme safhasına geçildiği, sözleşme süresinin 10 yıl olup sürenin bitimine 8 yıl 5 ay kaldığı aşamada davalı idarece ihalenin idari yargı kararı uyarınca iptal edildiği ve dayanağı kalmadığı gerekçesiyle sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiği, fesihle davalının kusurlu bulunduğu, bu sebeple zarara uğradıkları, zararlarının seçim öncesi dönem için en az 3.073.500,00 TL, seçim sonrası dönem için ise en az 2.084.783,00 TL olduğu, 10 yıllık sözleşme süresinde beklenen gelirin net değerinin 91.995.721,13 TL, buna göre kalan 8 yıl 5 aylık süredeki net zararın 77.625.509,96 TL olacağı, kalan süredeki diğer gelirlere dair kayıplarınsa 138.200.928,86 TL yi bulacağı, yapılan yatırımın değerinin 2.891.936,40 TL, 1.230.540,00 Euro, 11.71.227,94 USD, 1.403.557,00 İngiliz Sterlini olduğu belirtilerek fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik;

1-) Geçmiş dönem uygulama ve denetim kusurundan kaynaklanan zararları için 250.000,00 TL,

2-) Yoksun kalınan kâr zararı için, toplu taşıma gelirinden 18.750.000,00 TL, şehir kartı uygulamalarından 250.000,00 TL, diğer gelir kalemlerinden 250.000,00 TL,

3-) Yatırımdan doğan zararlarına karşılık 30.000 Euro (karşılığı 64.815,00 TL), 30.000 USD (karşılığı 46.194,00 TL) 30.000,00 Sterlin (karşılığı 76.326,00 TL) zararın tazmini,

4-) Halen davalı elinde bulunan 2.000.000,00 TL değerindeki teminat mektubunun iadesi,

5-) Manevi zararlarına karşılık 250.000,00 TL'nin tazmini, fesih tarihi olan 21.6.2009'dan itibaren TL cinsi alacaklara avans, yabancı para cinsi alacaklara da Libor+8 faiz uygulanması istenmiştir.

Davalı vekili savunmasında, sözleşme uyarınca davacının sistemi kurarak işletmeye başladığını, ancak davacıdan kaynaklanan sebeplerle kullanıcıların zorluklar yaşamaları sonucu şikayetlerin arttığını, sisteme itiraz eden Y. Bilgiç isimli kişi tarafından idari yargıda açılan dava sonucu mahkemece Belediye Encümeni'nin ihalenin kapsamını genişleterek yetkisini aştığı, yatırım bedelinin sadece toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete aykırılık taşıdığı gerekçeleriyle encümen kararının ve ihale onay belgesinin iptal edildiğini, kararın Danıştay tarafından onaylanarak kesinleştiğini, belediyenin iptal kararının gereğini yasal çerçevede uyguladığını, bu haliyle sözleşmenin ifası hukuken imkânsız olduğundan fesih iradesinin kendilerinden kaynaklanmadığını, davacının zarar istemlerinin dayanağının da bulunmadığını, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş olup geriye 7 yıl 9 aylık ifa süresi kaldığını, sistem işletmeye başladığında davacı yüklenicinin satışı yaptığı 800.000 adet

karttan elde ettiği kazanç tutarının en az 5.200.000,00 TL olduğunu belirterek 818 Sayılı B.K.nın 117., sözleşmenin 12/24, idari şartnamenin 20/2. maddeleri uyarınca dayanağı bulunmayan tazminat isteminin reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, sözleşmenin davalı belediye tarafından haksız feshedildiği kabul edilerek, 250.000,00 TL geçmiş dönem uygulama zararı, 18.750,000,00 TL kazanç kaybı, 250.000,00 TL şehir kartı uygulamasından doğan zarar, 250.000,00 TL bilet satış, reklam vs. gelirinden doğan zarar olmak üzere toplam 19.500.000,00 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren avans faiziyle davadan tahsiline, yatırım zararına ve manevi zarara dair istemlerinin reddine, teminat mektubunun iadesine karar verilmiş, karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-) Taraflar arasındaki uyuşmazlık 26.3.2007 tarihli sözleşmeden kaynaklanmıştır. Sözleşmenin konusu, akıllı kart teknolojisine dayalı otomatik biletleme sistemi kurulmasıdır. Ayrıca kurulacak sistem içinde (yurt dışında city card olarak tanımlanan) kent kart işlevinin de olması, bu sebeple ön ödemeli sayaçlarda, parkometrelerde, müze, stadyum gibi tesis ve birimlerde de kullanılabilir olması amaçlanmıştır. Sözleşmenin 5. maddesinde işletme bedelinin yıllık 2.540.000,00 TL+KDV olarak idareye ödenmesi, işletmecinin de, aylık gerçekleşmiş taşıma bedellerinin %11+KDV'sini brüt gelir olarak alma hakkına sahip olup %9 +KDV'si uhdesinde kalarak %2+KDV tutarının idareye ödeneceği kararlaştırılmıştır. Burada işletme bedelinin, kartın az yukarıda amaçlanan kullanımına rağmen sadece taşıma giderleri üzerinden hesaplanacağı kabul edilmiştir. Bu sebeple idari yargıda açılan dava sonucu kartın işlevi gözetildiğinde yalnızca toplu taşıma esnafının bedelle sorumlu tutulmasının hakkaniyetle bağdaşmayacağı, yine belediye meclis kararında toplu taşıma araçlarıyla ilgili verilen yetkinin aşılması kartın kullanım alanının genişletildiği gerekçeleriyle ihalenin feshine karar verilmiştir. Mahkemece, yetkisini aşarak ihaleye çıkan davalı idarenin bu kusuru sebebiyle sözleşmenin feshedildiği kabul edilerek davacının olumlu zarar (kâr kaybı) istemi kabul edilmiştir. Oysa iptal kararının gerekçesinde, işletme bedelinin sadece toplu taşıma araçlarından alınmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği de kabul edilmiştir. Yani sözleşmenin, sözleşme dışında kalan taşıma esnafını mağdur eder biçimde imzalandığı saptanmıştır. Sözleşmenin 12/24 maddesinde, işletmeci (yüklenici)

tarafça sözleşmenin yürütülmesinin hukuki imkânsızlığının ortaya çıkması durumunda iş sahibi idareden tazminat istenemeyeceği hükmüne yer verilmiş, sözleşme eki idari şartnamenin 12/2. maddesinde de, hukuki imkânsızlık durumunda tazminat istenemeyeceği kabul edilmiştir. Davalı da bu hükümlere dayanarak tazminat istenemeyeceğini savunmaktadır. Bu sebeple burada “hukuki imkânsızlık” kavramı üzerinde durmak gerekir. Sözleşmenin düzenlendiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı Borçlar Yasası'nun 117. maddesi hükmüncel, borcun ifası borçluya yüklenmeyen durumlar sonucu imkânsızlaşırsa borç sona erer. İmkânsızlık, sözleşme öncesi olabileceği gibi, sözleşmenin imzalanmasından sonra da ortaya çıkabilir. Sözleşme öncesi imkânsızlıkta, sözleşme konusu işin başkaları tarafından da yerine getirilmesi mümkün olamaz. Bu durumda da sözleşmenin batıl (geçersiz) olması sebebiyle B.K. 20. madde uyarınca geçersizliğine hükmedilir ve sözleşmelere dair direnir hükümleri (B.K. 106. 108. maddeleri) uygulanamaz. Burada objektif imkânsızlık HA. sözkonusudur. Sözleşme öncesi subjektif imkânsızlık ise taraflardan kaynaklanan imkânsızlık halini ifade eder. Bu durumda kimse kendisinden kaynaklanan kusurdan yararlanamayacağı ilkesi uyarınca kusurlu olan taraf diğer tarafın zararını B.K. 96. madde hükmüncel karşılamakla yükümlüdür. (15. HD. 2.3.1994 gün ve 1707-1232 sayılı, 15. HD. 5.12.1994 gün ve 3362-7260 Sayılı kararları). Sözleşme sonrası imkânsızlıkta iki kısımda incelenebilir. Sözleşme öncesi mevcut olmayan ve sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu imkânsızlık, ifa imkânsızlığı (objektif) halidir. Bu durumda borç sona erer ve borçtan kurtulan taraf, diğer taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri vermekle yükümlü olur. Başkaca bir hak talebinde bulunamaz. Kısaca 818 Sayılı B.K.nin 106. ve 108. madde hükümlerince zarar istemi dinlenemez, sadece borcun ifasından önceki zararlarını isteyebilir. Sözleşme sonrası subjektif imkânsızlık halinde ise kusurlu olan taraftan 818 Sayılı B.K.nin 96. madde uyarınca zarar istenilebilir. (15. HD. 5.5.1998 gün ve 845-1844 sayılı, 15. HD. 1.12.1994 gün ve 1886-7200 Sayılı kararları).

Bütün bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; taraflar arasındaki sözleşmenin dayanağı ihale kararının, kesinleşen mahkeme ilamıyla iptal edilmesi sonucu sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş, hukuki imkânsızlık doğmuştur. Davalı idarenin sözleşmeyi fesih iradesinin varlığı iddia ve ispat edilmiş olmadığı gibi uyumsuzluk konusu da değildir. Uyuşmazlık, mahkeme ilamına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olamayacağı noktasındadır. Her ne kadar iptal kararında, Belediye Meclisince verilen yetkinin aşıldığı ve bu sebeple ihalenin feshi gerektiği açıklanmış ise de sözleşmeyle taşıyıcılar esnafının zarara uğratıldığı da belirtilerek işletme bedelinin yalnızca toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete uygun düşmediği hususu

da iptal nedeni sayılmıştır. Bu haliyle karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmelerin de tarafların, sözleşmenin ifayla sonuçlanması için objektif iyiniyet kuralına uymaları asıldır. (T.M.K. 2. mad.). Kartın amaçladığı işlev Teknik Şartnamede geniş kapsamlı belirlendiği halde bunun bedelinin tüm yararlanan kesimlere yansıtılması yerine sadece taşıyıcılardan tahsilini kararlaştırmanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı ortadadır. Kaldı ki, kesinleşen mahkeme ilamına bağlı iptal kararının gerekçesi tartışılarak somut olayda kusur değerlendirilmesi yapılması da doğru değildir. O halde sözleşmenin hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilemeyeceği kabul edilmeli, sözleşme sonrası objektif imkânsızlık haline göre uyumsuzluk sonuçlandırılmıdır. Buna göre de davacı ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir, kâr kaybı (olumlu zarar) isteyemez.

Mahkemece yapılması gereken iş, davacının gerçekleştirdiği yatırımın bedelini konunun uzmanı sayılan bilirkişiler heyetine incelemek, iptal kararının kesinleştiği 26.10.2009 tarihi itibarıyla piyasa rayıçlarına göre yatırım bedelini hesaplatmak, bundan kısmî işletme döneminde elde edilen bedeli mahsup etmek, kalan yatırım bedelini davadaki talebe göre hüküm altına almak, kâr kaybı (olumlu) zararına dair istemi ise tümüyle reddetmekten ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan yanılıklı hukuki değerlendirmeyle kâr kaybının tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, hükmün bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan sebeplerle tarafların sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca hükmün taraflar yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istenmesi halinde temyiz eden taraflara iadesine karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine, 12.06.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

II. Değerlendirme

A. Dava Konusu Olayın Gelişimi ve Hukuki Sorun

Yargıtay kararına konu olan meselenin esasını, yapılan ihale sonucunda idarenin bir yüklenici ile yap-işlet-devret modeli ile akdettiği kamu ihale sözleşmesi oluşturmaktadır. Olayda Antalya'daki toplu taşıma araçlarında kullanılmak üzere araç takip ve akıllı kart sistemi kurulması ve 10 yıl süre ile işletilmesine ilişkin Antalya Belediyesi tarafından 22.2.2007 tarihinde yapılan ihale 28.2.2007 tarihinde onaylanarak kesinleşmiş; bunun üzerine belediye ile yüklenici arasında 26.3.2007 tarihinde sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmenin uygulanması aşamasına geçilmesinden bir süre sonra söz konusu ihalenin feshi talepli olarak idari yargıda bir dava açılmıştır.

İhalenin feshi talepli olarak idari yargıda açılan davada ilk derece mahkemesi, belediye encümeninin ihalenin kapsamını genişleterek yetkisini aştığı, yatırım bedelinin sadece toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete aykırılık taşıdığı gerekçeleriyle encümen kararını ve ihale onay belgesini iptal etmiştir. Temyiz başvurusu üzerine Danıştay söz konusu kararı onamış ve karar kesinleşmiştir. Bunun üzerine ihale belediye tarafından iptal edilmiş ve ihale sonucu yüklenici ile akdedilen sözleşme de feshedilmiştir.

Sözleşmesi feshedilen yüklenici ise a) bu sözleşmenin ifası için yapmış olduğu yatırımın karşılığı olan bir miktar paranın ödenmesi, b) sözleşmenin feshi dolayısıyla yoksun kaldığı kârın ödenmesi, c) uğradığı manevi zararın tazmini ve d) belediye elinde bulunan teminat mektubunun iadesine ilişkin adli yargıda bir dava ikame etmiştir. Tazminat davasına bakan ilk derece mahkemesi, sözleşmenin belediye tarafından haksız biçimde feshedildiği tespiti yapılarak yüklenicinin a) geçmiş dönem uygulama zararı ve b) kazanç kaybı ile c) çeşitli kalemlerde maddi zararlarının tazminine ve d) teminat mektubunun iadesine; e) yatırım zararı ve f) manevi zararı taleplerinin de reddine karar vermiştir.

Her iki tarafça yapılan temyiz başvurusu üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, ihalenin iptaline ilişkin kesinleşen idare mahkemesi kararı ile dava konusu sözleşmenin ifasının imkânsız hale geldiği, hukuki imkânsızlık doğduğu tespitinde bulunmuştur. Daire söz konusu kararında, uyuşmazlığın mahkeme kararına dayalı olarak ortaya çıkan imkânsızlıktan davalı idarenin sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin olduğunu; dava konusu sözleşmenin hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilmeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği ve sözleşme sonrası objektif imkânsızlık haline göre uyuşmazlığın sonuçlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak Daire, davacı yüklenicinin sözleşme gereği belediyeye verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceğini ancak kâr kaybı talep edemeyeceğine karar vermiştir. Buna göre olayda yapılan yatırımın bedelinin ihalenin iptalinin kesinleştiği tarih itibarıyla rayiç değerinin belirlenmesi gerektiği; bu tutardan sözleşmenin uygulanması süresince yüklenicinin elde ettiği gelirin mahsup edilerek kalan kısmın yükleniciye verilmesine ve kâr kaybı zararlarının ise tümüyle reddedilmesi gerektiği gerekçesiyle, sözü edilen bu hususlarla sınırlı olmak üzere ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Ancak 15. Hukuk Dairesinin kamu ihale sözleşmelerinin dayanağı olan ihalenin mahkeme tarafından iptal edilmesini, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan “objektif hukuki imkânsızlık” halinin söz konusu olduğu yönündeki karar gerekçesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu çalışmada objektif hukuki imkânsızlık haline kısaca değinerek kamu ihale sözleşmeleri bakımından ihalenin mahkeme kararı ile iptal edilmesinin sözleşmeye etkisi ele alınacaktır.

B. Hukuki İmkânsızlık Kavramı

TBK.m.27 hükmüne göre, bir sözleşmenin kurulduğu sırada sözleşmede belirlenen edimlerden birinin imkânsız olması halinde bu sözleşme kesin olarak hükümsüzdür. İmkânsızlık kavramı, sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine getirilmesinin kim için mümkün olmadığı belirlenmesi bakımından sübjektif ve objektif imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılır². Sübjektif imkânsızlık, edimin taraflardan sadece biri için imkânsız olmasını ifade eder ve bu durum sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olmaz. Bu durumda doğacak sonuç, edimin yerine getirilmemesi halinde borçlunun TBK.m.112 gereğince sorumlu olmasıdır. Objektif imkânsızlık ise söz konusu edimin yerine getirilmesinin salt bunu üstlenen taraf için değil; herkes için mümkün olmaması anlamına gelir. TBK.m.27 anlamında sözleşmenin kesin olarak hükümsüzlüğü sonucunu doğuran imkânsızlık türü objektif imkânsızlıktır³.

İmkânsızlığın bir diğer ayırımı bunun söz konusu olduğu ana göre yapılan, baştaki-sonraki imkânsızlık ayırımıdır⁴. Bilindiği gibi sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut bulunan imkânsızlık baştaki imkânsızlık; sözleşmenin uygulanma aşamasında ortaya çıkan imkânsızlık ise sonraki imkânsızlık olarak adlandırılır⁵.

İmkânsızlığın ayrıca doğal/fiziksel/mantıksal-fili-hukuki imkânsızlık şeklinde türleri de mevcuttur⁶. Buna göre doğal/fiziksel/mantıksal imkânsızlık hallerinde edimin ifası bilim, fizik ve mantık kuralları gereğince gerçekleştirilemez niteliktedir. Fili imkânsızlıkta ise edimin ifası bilimsel ve mantıksal açıdan mümkün görülse bile bunun için makul sayılmayacak ölçüde, olağanüstü bir çabanın sarfedilmesi gerekmektedir. Bu ayırım da ele alınan hukuki imkânsızlık ise edimin ifasının hukuka aykırılık oluşturmasını ifade eder⁷. Kanunun emredi-

2 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Yetkin, Ankara, 2016, s. 1061; Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt*), 7. Bası, Filiz, İstanbul, 2016, s. 168; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, XII Levha, İstanbul, 2014, s. 128 vd.

3 Sözleşmenin kurulduğu sırada taraflardan birinin edimin ifasının objektif olarak imkânsız olduğunu biliyor olmasına rağmen karşı tarafı uyarmaması halinde onun bu davranışı culpa in contrahendo dolayısıyla karşı tarafın uğradığı olumsuz zararından sorumlu olur. Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz, İstanbul 1993, s. 903; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 81.

4 Eren, s. 1060; Serozan, s. 171 vd.; Gündoğdu, s. 91 vd.

5 Diğer ayrımlar ise; imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı bakımından, borçlunun sorumlu olduğu-sorumlu olmadığı imkânsızlık; edimin ifasındaki imkânsızlığın söz konusu olduğu süre bakımından geçici-sürekli imkânsızlık; imkânsızlığın edime yaygınlık derecesi bakımından tam-kısmi imkânsızlık ayrımları da yapılmaktadır. Bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündoğdu, s. 100 vd., 113 vd., 148 vd.

6 Eren, s. 1059 vd; Serozan, s. 166 vd.

7 Eren, s. 1060; Serozan, s. 167.

ci hükümlerinin yasakladığı bir davranışın bir sözleşmede edim olarak taahhüt edilmesi halinde bu taahhüdün yerine getirilmesinin önünde söz konusu hukuk kuralları engel teşkil etmektedir. Bir malın yurt içinde satışının ya da ithal veya ihracının yasak oluşu, imar mevzuatında inşaatın yapımı konusunda sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümlerin bulunması hukuki imkânsızlığa klasik örnekleri oluşturmaktadır. Yasaklayıcı hükmün varlığı sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra bu nitelikte bir hükmün yürürlüğe girmesi suretiyle sonradan da ortaya çıkabilir.

C. Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi Bakımından İdare Mahkemesinin Gerekli Usul Kurallarına Uyulmadığı Gerekeşi İle İhalenin İptali Kararının Hukuken Nitelendirilmesi ve Önemi

1. İdare Hukuku Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

İdari yargıda verilen kararların kamu ihale sözleşmelerine etkisinin ne olacağı sorununu incelemeye geçmeden önce ihale ve ihale ile kamu ihale sözleşmesi arasındaki bağlantıya daha yakından bakmakta yarar vardır. Kamu hizmetlerinin ifası için ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin karşılanması bakımından idare, özel hukuk kişileri ile çeşitli hukuki ilişkiler kurma yoluna gitmektedir. Bu hukuki ilişkiler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yürütülen bir dizi idari işlemin yapılmasından oluşan bir süreç sonunda gerçekleşmektedir⁸. İhale komisyonunun kurularak yaklaşık maliyetin hesaplanması ve teknik şartnamenin hazırlanmasından nihayet ihalenin onaylanarak özel hukuk kişinin sözleşmeye davet işlemi de bu süreçte idarenin gerçekleştirdiği idari işlemler arasında yer almaktadır. İhale aşamasını idarenin özel hukuk kişi (yüklenici) ile sözleşme kurması aşaması takip etmektedir.

İhale sürecinde yapılan tüm idari işlemler sözleşmenin kurulmasından önceki aşamaya ilişkin olup bu işlemler bütünüyle idari mevzuat çerçevesinde kamu yararı gözetilmek suretiyle gerçekleştirilen işlemler olarak idare hukukuna tâbidir. Bundan sonraki aşamada sözleşmenin kurulması hukuki zemin olarak idare hu-

8 Bu bakımdan ihalenin, idarenin sözleşme iradesini oluşturmak üzere kullandığı bir usul olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Turhan, Ankara, 2010, s. 9.

İhale, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin yasadışı öngörülen usul kurallarına uyulmak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yapılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemler olarak tarif edilmektedir. Bkz. Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997, s.76.

Kamu ihale sözleşmesi ise, idare ile yüklenici arasında yapılan mal almına, hizmet almına veya yapım işlerinin yapılmasına ilişkin bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Durmuş Ali Demirboğa, *Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 33.

kuku alanından borçlar hukuku alanına taşınmaktadır. Mevzuatta belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde yürütülen ihale sürecinin sonunda sözleşmeye davet edilen yüklenici ile sözleşme yapılmasına dair idarenin kararı bir idari işlem niteliğinde iken “kamu ihale sözleşmesi”nin akdedilmesi halinde bu sözleşme artık bir özel hukuk ilişkisi tesis etmektedir⁹.

Bununla birlikte bu sözleşmenin taraflarından birini idarenin teşkil etmesi ve idarenin bu sözleşmeye ilişkin iradesini oluşturmak bakımından ihale mevzuatına ilişkin bir takım kamu hukuku kurallarına tâbi oluşu nedeniyle kamu ihale sözleşmesi salt özel hukuk alanında görülebilecek bir sözleşme değildir. İdarenin sözleşme iradesinin oluşumu idare hukuku alanında düzenlenen bir sürecin ürünü olmasına bağlı olarak ihale sürecinin aşamalarında yapılan idari işlemler ile sözleşme arasında bağlantı mevcuttur. Şöyle ki, idare hukukunda kabul edilen ayrılabilir işlem teorisi¹⁰ne göre, sözleşmenin akdedilmesi ile sonuçlanan

9 *Özel hukuk doktrininde*; Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin, Ankara, 2007, s. 69; İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 288; Zekeriya Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz, İstanbul, 2017, s. 44.

İdare hukuku doktrininde; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Turhan, Ankara, 2014, s. 525; Karş. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, İkinci Baskı, Ekin, Bursa 2009, s. 135; Yazar, kamu ihale sözleşmelerinin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini; bu sözleşmenin taraflarından birini idarenin oluşturması dolayısıyla özellikle belirli bir kamu hizmetini konu alan ya da alması bile özel hukuku aşan hükümler içeren kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Gözler, s. 136 vd.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.4/f.3'deki “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur*” ve yine aynı Kanun'un m. 36 hükmünde “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*” hükümleri de göz önüne alındığında kamu ihale sözleşmelerinin bütünüyle özel hukuka tâbi bir hukuki ilişki niteliğinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Buz, s. 69-70; Aynı yönde Halil Kalabalık, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Mahkeme Kararlarının Uygulanması Amacıyla Feshi”, *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, 1. Kamu İhale Hukuku Kongresi, Editörler: Prof. Dr. Fehim Üçışık, Prof. Dr. Çetin Arslan, Av. Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 26.

10 Kamu ihale sözleşmelerinin tâbi olduğu hukuki rejimi belirtmek üzere idare hukuku öğretisinde bir takım teoriler ileri sürülmüştür: kamu hukuku teorisi, özel hukuk teorisi, ayrılabilir işlem teorisi ve iki aşamalı işlem teorisi. Bkz. Buz, s. 74 vd. Gerek idare hukuku öğretisi ve gerekse yargı kararları incelendiğinde Türk Hukuku bakımından hâkim görüşün iki aşamalı işlem teorisinin kabul edildiği ve ayrıca 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 Kamu İhale Kanunu'nun birinci aşamayı; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ise ikinci aşamayı düzenleyen bir kanun olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Buz, s. 87.

Ayrılabilir işlem teorisi, tek yanlı idari işlemi içinde bulunduğu işlem süreci veya hukuki ilişki-den soyutlayarak yargı denetimine tâbi tutmayı amaçlamaktadır. Tek yanlı işlemler olarak ihale ve yüklenici ile sözleşmenin akdedilmesine ilişkin işlemler kamu ihale sözleşmeleri bakımından ayrılabilir işlem niteliğinde olup yargı denetimine tâbidir. Bkz. Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin, Ankara, 2000, s. 15, 144 ve 150.

ihale sürecinde yer alan aşamaları oluşturan her bir idari işlemin sözleşmeden ayrılabilirliği ve icrai niteliği nedeniyle idari yargı denetimine tâbi olduğu kabul edilmektedir¹¹. Hukuki denetim kapsamında idare mahkemelerince idari işlemlerin iptali bir özel hukuk ilişkisi sayılan kamu ihale sözleşmesini de dolaylı olarak etkilemektedir. Zira her ne kadar hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında gösterse bile kamu ihale sözleşmesinin kökü idare hukuku alanına dayanmaktadır ve bu ilişki ihale sürecinin sözleşmenin imzalanması ile sona ermemekte, sözleşmenin uygulanma aşamasında da varlığını sürdürmektedir. Gerçekten de idarelerin, ihalenin idare mahkemeleri tarafından iptal edilmesi üzerine söz konusu mahkeme kararını uygulamak amacıyla kamu ihale sözleşmelerini sona erdirmeye yönünde bir irade beyanında bulduklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Diğer taraftan sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicilerin de iptal kararı üzerine idarece sözleşmenin feshinin borçlar hukuku kapsamında haklı bir nedene dayanmadığı gerekçesi ile uğradıkları zararın tazmini için uyuşmazlığı yargıya taşıdıkları görülmektedir¹².

İhalenin iptaline karar verilmesi üzerine kamu ihale sözleşmesinin bu durumdan ne şekilde etkileneceği konusunda idare hukuku öğretisine bakıldığında hâkim görüşün ihalenin iptalinin sözleşmeyi doğrudan hükümsüz hale getirmeyeceği yönünde olduğu ifade edilmektedir¹³. Bununla birlikte GÖZÜBÜYÜK/TAN, ayrılabilir işlem niteliğindeki idari işlemin kendisindeki bir bozukluk sebebiyle iptal edilmesi halinde bu işlemle kamu ihale sözleşmesi ile arasındaki bağlantıya göre sonucun farklılaşacağını belirtmektedir¹⁴. Buna göre yazarlar, iptal edilen işlem sözleşmenin dayanağı niteliğinde ise iptal kararı ile birlikte sözleşmenin de hükümsüz hale gelmelidir ancak iptal edilen işlem ile kamu ihale sözleşmesi arasında dolaylı bir bağlantı mevcutsa, işlemin iptali sözleşmenin de hükümsüzlüğüne yol açmamalıdır görüşündedir.

ÖZAY, özelleştirme faaliyetleri kapsamında idarenin özel hukuk kişileri ile

11 Kutlu, s. 43.

12 Hukukun üstünlüğü ilkesinin bir görünümü teşkil eden bu durum Anayasamızın m.138/f.4 hükmünde de açık biçimde hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Anayasa m.138/f.4 hükmü aynen şu şekildedir: “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*”. Anayasamızın bu hükmü dolayısıyla sözleşmenin idare tarafından söz konusu idare mahkemesi kararı gerekçe gösterilmek suretiyle sona erdirilmesi üzerine bu sözleşme ilişkisinin tasfiyesi sorunu doğmakta; buna bağlı olarak ihalenin mahkeme kararı ile iptal edilmiş olmasının sözleşmeye etkisinin ne olacağı gündeme gelmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin geçersiz kılınması ve bunun sonuçları hakkında Türk Borçlar Kanunu’nun yanı sıra ayrıca Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda da özel düzenlemeler de (m.20 vd.) uygulama alanı bulabilmektedir.

13 Kalabalık, s. 32.

14 Gözübüyük, Tan, Cilt I, s. 549, 553.

özel hukuk sözleşmesi kurmasından sonra idarece sözleşme öncesinde yapılmış bulunan işlemlerin iptali halinde bu iptal kararının geriye yürüdüğü, artık o işlemin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesini gerektiren fiktif bir sonuç doğduğu, buna bağlı olarak iptal edilen işlemle birlikte sözleşmenin de baştan itibaren geçersiz hale geldiği görüşündedir¹⁵.

GÖZLER, ihalenin iptal edilmiş olmasının doğrudan doğruya sözleşmeye bir etkisinin olmayacağını, iptalin ancak ayrılabilir işlem üzerinde etki doğurduğunu; sözleşmenin tarafların iradesinin uyuşması ile ortaya çıktığı bu sebeple ancak tarafların iradesi ile veya sözleşme (adli yargı) hâkiminin kararı ile sona erdirilebileceğini ifade etmektedir¹⁶.

2. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Öngörülen Özel Fesih Rejimi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu¹⁷nda sözleşmenin feshi, “Sözleşmede Değişiklik, Sözleşmenin Devri ve Feshi” başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmiştir. Bu bölümde kanun, feshin şartlarını ve sonuçlarını yüklenici ve idare açısından ayrı maddelerde ele almıştır.

Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesine ilişkin madde 19 hükmüne göre “Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”

Bu kanun kapsamında idarenin sözleşmeyi feshetmesi için biri sözleşmenin kurulmasından önce, ikisi sözleşmenin uygulanması aşamasında gerçekleşebilecek üç ihtimal söz konusudur. Sözleşmenin uygulama aşamasında ortaya çıkabilecek fesih sebeplerine ilişkin 20. madde hükmüne göre “Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25'inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğuunun tespit edilmesi¹⁸,

15 İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, 2004 İstanbul, s. 529.

16 Gözler, *Cilt 2*, s. 224-225. Aynı yönde Sezginer, s. 172.

17 RG., 22.01.2002 T., 24648 S.

18 Bu kanunun 25. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” hükmünü içermektedir.

İdarenin sözleşmeyi feshedebilmesi için Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda öngörülen üçüncü ve son sebep sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olup sözleşmenin uygulanması aşamasında fark edilen, yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesine ilişkindir. Sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle fesih başlıklı 21. madde hükmüne göre “Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

- a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
- b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
- c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26’ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.”

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun yukarıda belirtilen sözleşmenin feshine ilişkin hükümler, bu kanuna göre kurulan ve niteliği itibariyle bir

-
- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
 - b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
 - c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.
 - d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.
 - e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29’uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.
 - f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.
 - g) Sözleşmenin 16’ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

özel hukuk ilişkisi olan sözleşmelerin feshi bakımından Türk Borçlar Kanunu'na nazaran özel hüküm niteliği taşımaktadır. Diğer bir ifade ile sözü edilen düzenlemelerde yer alan şartların gerçekleştiği iddiası ile sözleşmeyi feshetmeye karar veren idarenin bu kanun kapsamında belirlenmiş olan usullere uyması yeterlidir. İdare ile yüklenici arasında özel hukuk borç ilişkisi doğuran sözleşmeyi fesih hakkı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi değildir. İdarenin fesih hakkı doğrudan doğruya 4735 sayılı Kanun hükümlerine dayanmaktadır. Dolayısıyla idarenin söz konusu fesih hakkını kullanmak amacıyla dava açma ve lehine hüküm almaya gerek bulunmamaktadır¹⁹.

Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği itibarıyla özel hukuk sözleşmeleridir²⁰.

İdarenin ihaleyi tek taraflı feshetmesinin özel hukuk kişisi bakımından doğurduğu zararların idarece tazmin edilmesi gerekir²¹.

3. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Kararında Dayandığı Gerekçe: Sonradan Ortaya Çıkan Hukuki İmkânsızlık

15. Hukuk Dairesinin kararında, sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte ihalenin iptal edilmiş olmasını “sonradan ortaya çıkan bir hukuki imkânsızlık”

19 Y. 15. HD., E. 2004/6043, K. 2005/3488, T. 9.6.2005: “... davacı iş sahibi tarafından Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununda düzenlenen bu prosedüre uygun olarak fesih kararı alınmadan ve bu karar yükleniciye tebliğ edilmeden doğrudan mahkemeye müracaat edilerek, sözleşmenin hükmen feshine karar verilmesini istemekte hukuki yararının bulunmadığı anlaşıldığından, davanın bu yönden reddi yerine, işin esasına girilerek sözleşmenin feshini gerektirecek haklı nedenin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması doğru görülmüştür...” (Kazancı İçtihat Bankası).

20 Y. 13. HD., E. 2006/8480, K. 2006/11159, T. 6.7.2006. (Kazancı İçtihat Bankası).

21 Y. 13. HD., E. 1997/10415, K. 1998/1365, T. 16.2.1998: “Davacı, davalı idareden ihale yoluyla 68.500 Alman Markı bozdurmak suretiyle 3.336.365.000,- TL. bedelle bir yükleyici satın aldığı, daha sonra idarenin sözleşmeyi fesh ve ödediğini iade ettiğini, iade edilen para ile ancak 64.260 mark alabildiğini ileri sürerek zararı olan 4.240 markın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, şartnamenin 17. maddesi gereğince sözleşmeyi tek taraflı fesih yetkisinin bulunduğu savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Henüz müsadere kararı kesinleşmeden aracın davalı idare tarafından satışa çıkartıldığı ve ihale yoluyla davacıya satıldığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Ne var ki davalı idare, bunun sonradan farkına vararak sözleşmeyi tek taraflı fesh etmekte kusurlu duruma düşmüştür. Borçlar Kanunu 96. Maddesi hükmü uyarınca sözleşmenin tek taraflı ve haksız olarak feshinden dolayı meydana gelen zararın davacı her zaman isteyebilir. Kaldı ki davalı idarenin mevzuatında da bu yönü yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Her ne kadar davacı, Alman Markı bozdurarak para yatırdığını ve bundan doğan zararının 4.240 DM olduğunu ileri sürmüştü de bundan amaç, sözleşmenin davalı idare tarafından tek taraflı olarak feshedilmesiyle davacının meydana gelen zararının ödetilmesi isteğidir. O halde mahkemece, bu yön gözetilerek işin esası incelenmeli, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmalı, ortaya çıkacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Aksine düşüncelerle davanın reddedilmiş olması Usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bozma nedenidir.” (Kazancı İçtihat Bankası).

olarak değerlendirilmiştir. Daire iptal kararını kamu ihale sözleşmesinin ifasını hukukten imkânsızlaştıran bir olgu olarak görmüş; bunun sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş olması dolayısıyla imkânsızlığın türünün sonraki imkânsızlık-ifa imkânsızlığı olduğunu belirtmiştir²².

Yüklenici tarafından açılan tazminat davasında temyizen inceleme yapan Dairenin, *“ taraflar arasındaki sözleşmenin dayanağı ihale kararının, kesinleşen mahkeme ilamıyla iptal edilmesi sonucu sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş, hukuki imkânsızlık doğmuştur. Davalı idarenin sözleşmeyi fesih iradesinin varlığı iddia ve ispat edilmiş olmadığı gibi uyumsuzluk konusu da değildir. Uyumsuzluk, mahkeme ilamına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olmayacağı noktasındadır. (...) Kaldı ki, kesinleşen mahkeme ilamına bağlı iptal kararının gerekçesi tartışılarak somut olayda kusur değerlendirmesi yapılması da doğru değildir. O halde sözleşmenin hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilemeyeceği kabul edilmeli, sözleşme sonrası objektif imkânsızlık hali ne göre uyumsuzluk sonuçlandırılmalıdır.”* değerlendirmesinden hareketle ifa imkânsızlığının idarenin hukuk alanında meydana gelmediği, durumun idareye isnad edilemeyeceği ve dolayısıyla hukuki imkânsızlıkta idarenin bir kusurunun bulunmadığı sonucuna ulaşmış görünmektedir.

Ancak bilindiği üzere hukuki imkânsızlık kavramı, hukuki işlemin konusunu oluşturan edimin ifasının “kanunun emredici hükümlerine” aykırılık içermesi halini ifade etmektedir. İdare mahkemesinin ihalenin iptaline ilişkin kararı, kanun hükmüne eşdeğer nitelikte görülerek bu konuda yasaklayıcı bir hukuk kuralı olarak değerlendirilemez. İdare mahkemesinin iptal kararının sözleşme üzerindeki etkisinin emredici hukuk kuralına özdeş etki yaratacağı kabul edilemez.

4. Özel Hukuk Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

İdarenin yüklenici ile mal veya hizmet teminine ilişkin sözleşme akdedebilmesi için ilgili mevzuat hükümlerine göre bir ihale sürecinin yürütülerek sonuçlandırılması ve iki aşamalı işlem teorisinin açıkladığı üzere; ikinci aşamayı oluşturan sözleşme imzalanması için birinci aşama olan ihale sürecinin tamamlanmış olması gerekmektedir. Birinci aşamada gerçekleştirilen idari işlemlerin ya-

22 İhalenin idare mahkemesinde verilen kararla iptal edilmiş olması kamu ihale sözleşmesi için hukuki imkânsızlık teşkil etmediği gibi 15. Hukuk Dairesi kararında belirtildiği gibi bu imkânsızlığın objektif imkânsızlık hali olduğu tespiti de isabetli değildir. Bilindiği gibi objektif imkânsızlıktan söz edilebilmesi için imkânsızlığın herkes için söz konusu olması gerekmektedir. Ancak ihale mahkeme kararı ile iptal edilmiş olsa bile idarenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na (RG., 10.09.1983 T., 18161 S.) ya da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (RG., 22.01.2002 T., 24648 S.) göre yeniden ihale sürecini başlatması her zaman mümkündür. Dolayısıyla uyumsuzluk konusu olayda olduğu gibi ihalenin iptal edilmiş olması ilgili idare için sürekli değil; ancak “geçici” bir imkânsızlık hali teşkil edebilir.

pılmasında ilgili mevzuat hükümlerinde belirlenen esas ve usullere uyulmamış olması sebebiyle idare mahkemeleri tarafından ihalenin iptali, sözünü ettiğimiz; ilgili mevzuat hükümlerine uygun biçimde ihale sürecinin tamamlanmadığına işaret etmektedir. İdare mahkemesince ihalenin iptaline karar verilmiş olması ile ortaya çıkan hukuki duruma göre mevcut ihale hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş durumdadır.

İdare mahkemelerinin ihalenin iptaline ilişkin kararlarının kamu ihale sözleşmeleri üzerindeki etkisi bakımından KARAYALÇIN, ihalenin iptaline ilişkin idari yargı kararının sözleşmeyi doğrudan doğruya hükümsüz hale getirmeyeceği kanaatindedir²³.

Aynı kanaati paylaşan BUZ, kamu ihale sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi niteliği dolayısıyla geçerliliğinin de özel hukuk esaslarına göre belirlenmesi gerektiğini, ayrıca idare hukukunda kabul edilen iki aşamalı işlem teorisinin de bunu gerektirdiğini, 4734 sayılı Kanun bakımından ihaleye ilişkin olarak Kamu İhale Kurumuna yapılabilecek itirazın sözleşmenin kurulmasına kadarki dönem için kabul edilmesinin bu sonucu haklı gösteren bir sebep olduğu ve yüklenicinin ihale sürecinde bazı yasak fiil ve davranışlarda bulunmasının zorunlu olarak onunla yapılmış bulunan sözleşmeyi sona erdirmeyip idareye fesih yetkisi tanımakla yetinildiğini gösteren 4735 sayılı Kanun düzenlemesi karşısında her hukuka aykırılığın kamu ihale sözleşmelerini doğrudan hükümsüz hale getirmeyeceği görüşündedir²⁴.

İnşaat sözleşmeleri bakımından konuyu değerlendiren ÖZ, ihalenin kamu ihale sözleşmesi bakımından idarenin “ehliyet şartı” niteliğinde olduğu görüşündedir²⁵. Yazara göre idare, ancak mevzuatta belirtilen usule göre yapılmış ve geçerli bir ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapmaya yetkili durumdadır. Dolayısıyla ihalenin iptali, geçmişe etkili biçimde bu şartı ortadan kaldırmakta ve idare de yasal olarak yetkisi olmayan bir sözleşme yapmış durumdadır. Buna bağlı olarak ihalenin iptali sözleşmenin baştan itibaren kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır.

KURŞAT'a göre kamu kurumlarının ihale yapmaları ve ihale konusunda belli kurallara uymaları kanunların yasaklayıcı hükümleri gereği olduğundan bu hükümlere aykırılıklar sözleşmeyi geçersiz kılmalıdır²⁶. İhale yapılması gerekli bir

23 Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler IV*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 143.

24 Buz, s. 104 vd.

25 Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2016, s. 35. Aksi görüş için bkz. Buz, s. 247.

26 Kurşat, s. 47.

konuda hiç ihale yapılmadan sözleşmenin kurulması örneğinden hareket eden yazara göre kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesi usulünden kaçınılması sözleşmenin kuruluşunda kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir²⁷.

Sonuç

Kanaatimizce ihale mevzuatına ilişkin hükümler ilgili konuda emredici nitelikte düzenlemeler içermektedir. Gerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve gerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinin öngördüğü sistem²⁸ belli ölçüde de olsa, idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetin karşılanması bakımından belirli kişilerin diğerlerinin aleyhine olarak tercih edilmesini engellemeyi amaçlamaktadır. İhale konusuna ilişkin olarak fırsat eşitliği sağlamak ve bunu belirli bir düzen içerisinde gerçekleşmesini temin için idareye sözleşmenin karşı tarafını belirlerken mevzuat doğrultusunda ihale sürecinin takip edilmesi şart koşulmuştur. Sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesine ilişkin idarenin iradesinin oluşumunu ilgili kamu otoritesinin serbest tasarrufuna bırakmayan bu sistemde idare söz konusu kurallar ve aşama aşama birbirini takip eden kararlar silsilesi çerçevesinde bu iradeyi oluşturmaya mecbur tutulmuştur.

Buna karşılık söz konusu ihale mevzuatının idare bakımından düzen hükümü niteliğinde olduğu ve bu sebeple özellikle sözleşme de kurulduktan sonra bu hükümlere aykırılıkların yüklenicinin hukuki durumunu etkilemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak anılan düzenlemelerin özel hukuk alanında bir hukuki işlem olarak değerlendirilen kamu ihale sözleşmeleri açısından karşı tarafı belirleme usulünü konu alan özel düzenlemeler olarak görülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple ihalenin mevzuatın öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmemiş olduğu gerekçesi ile idare mahkemesince iptal edilmesi bu sözleşmeyi de etkileyecektir.

İhalenin hukuka aykırılığı, buna dayalı olarak gerçekleştirilen sözleşmenin kurulması olgusundan daha önce mevcuttur. Kamu ihale sözleşmesinin yüklenici ile imzalandığı sırada ihale süreci ilgili mevzuata aykırı biçimde tamamlanmış bulunmaktadır. Yoksa bu husus sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış değildir. Bu bakımdan 15. Hukuk Dairesinin sözleşmenin kurulmasından sonra idare mahkemesince ihalenin iptalini, sonradan ortaya çıkan hukuki imkânsızlık olarak açıklayan kararına katılmak mümkün değildir. Esasen idare mahkemesinin ihalenin iptaline ilişkin kararı, ihalenin hangi usul ve esaslara

27 Kurşat, s. 48 ve dn. 92.

28 İhale mevzuatına dair Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun çıkarılış nedenleri hakkında bkz. Kaplan, s. 349-350.

göre yapılması gerektiğine dair ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olduğunu tespit etmektedir. Bu yönüyle ihale, ihale sözleşmesinin yapılarak tamamlandığı an itibarıyla hukuka aykırılık taşımaktadır. Bu hukuka aykırılık sözleşmenin kurulmasından sonra ileri sürülmüş ve mahkemece tespit olunmuştur. İdare mahkemesinin ihalenin ilgili mevzuata aykırı olarak tamamlanmış olması sebebiyle iptaline karar vermesi üzerine yapılacak değerlendirmede bu kararın sözleşmeye etkisinin ne olacağı ise önem taşımaktadır. Yukarıda değindiğimiz gibi ihale hukukuna ilişkin kurallar, taraflarından birini idarenin teşkil ettiği sözleşmeler bakımından idarenin irade özerkliğini sınırlamaktadır. Bu kurallara göre idare kurmak istediği sözleşmenin karşı tarafını belirlerken bu kurallar ile bağlıdır. Borçlar hukuku bakımından sözleşme müzakeresi aşaması olarak adlandırılan bu dönemde idare ihale hukuku kurallarından bağımsız olarak dilediği kişi ile sözleşme akdedemez. Aksi durumda emredici nitelikteki ihale hukuku kurallarına aykırılık söz konusu olur. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmeler ise TBK.m.27 hükmüne göre kesin hükümsüzdür. Bu bakımdan kural olarak ihalenin yapılmasında ilgili emredici kurallara aykırılığın mevcut olduğu her kamu ihale sözleşmesi söz konusu aynı yaptırım ile karşılaşmalıdır.

Bununla birlikte kesin hükümsüzlük yaptırımı da dürüstlük kuralı denetimine tâbi olmalıdır. İhalenin iptal edilmiş olmasından hareketle sözleşmenin de sona erdirilmesi sonucu bazı durumlarda hakkaniyete ve ihale yapılmasına ilgili mevzuatça gözetilen kamu yararına aykırılık da oluşturabilir. Şöyle ki, *yükleniciye bu sebeple ödenmesi söz konusu olan tazminat miktarının yüksekliği; sözleşmenin sona erdirilmesinden sonra da yine aynı bedel, süre vs. şartlarla sözleşme yapılması zorunluluğu*²⁹, ihalenin iptalini gerektiren sebepler bakımından yükleniciye kusur isnad edilememesi, sona erdirilmesi söz konusu olan sözleşmenin ifası süreci bakımından gelinen aşama, ihalenin özellikle 1 yıl gibi kısa süreli yapılması vb. olgular somut bir olayda sözleşmenin sona erdirilmesini değil ayakta tutulmasını gerektirebilir. Bu gibi durumlarda idarenin sözleşmeyi sona erdirmeyerek, ihale mevzuatına aykırılık sebebiyle zarara uğramış olan “ilgililer”e tazminat ödeme tercihinde bulunarak gerçek anlamda kamu yararını tesis etmeleri de mümkündür³⁰.

29 Kurşat, s. 48-49.

30 Öğretide Buz, iptal davası açan davacının zararının karşılanması amacıyla uygun bir tazminatın ödenmesinin de ihaleyi iptal eden mahkeme kararının yerine getirilmesi yolu olarak görülebileceğini ifade etmiştir. Buz, s. 109-110. Diğer yandan yazar, idarelerin hazırladıkları kamu ihale sözleşmelerinde, ihalenin mahkeme kararıyla iptal edilmiş olmasını bir bozucu şart olarak belirlemelerinin her zaman mümkün olduğunu, idareler için bu yolun da tercih edilebileceğini önermektedir. Bkz. Buz, s. 113.

İdare mahkemeleri tarafından verilen iptal kararlarının sözleşmeye etkisi do-
laylı surette gerçekleşmektedir. İdare mahkemelerinin iptal kararlarının konusu
ihale sözleşmelerin yapılmasına dayanak teşkil eden, iki aşamalı işlem teorisi-
nin açıkladığı üzere, birinci aşamada yer alan idari işlemlerdir. İdarenin yargı
kararlarını yerine getirmesi kapsamında başta Anayasamızın m.138/f.4 hükmü
olmak üzere bu konudaki kamu hukuku kurallarına uyulması bakımından idare-
nin kamu ihale sözleşmelerini sona erdirmek üzere irade beyanında bulunması
gereklidir. İdare bir yanda mahkeme kararlarına uymak suretiyle hukukun üs-
tünlüğü ilkesinin gereğini yerine getirmek suretiyle nihai olarak kamu yararına
uygun davranmakta, diğer yanda ise esasen bir özel hukuk ilişkisi niteliği taşıyan
kamu ihale sözleşmelerini sona erdirmek suretiyle yüklenicinin menfaatini ihlâl
etmektedir. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin bir alt ilkesi olan
idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu ilkesine bağlılık kadar idare
için kendisinin işlem ve eylemlerinden zarar görenlerin bu zararlarının karşılan-
ması bir hukuki zorunluluktur. Yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinden doğan
yükümlülüğünü ifa için yapmış olduğu giderler, bu kapsamda özellikle yükleni-
cinin yatırım maliyetinin tazmin edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Buz, Vedat, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin, Ankara, 2007.
- Demirboğa, Dursun Ali, *Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi*, Yetkin, Ankara, 2013.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Yetkin, Ankara, 2016.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt II*, İkinci Baskı, Ekin, Bursa 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan, Ankara, 2014.
- Gündoğdu, Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, XII Levha, İstanbul, 2014.
- Kalabalık, Halil, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Mahkeme Kararlarının Uygulanması Amacıyla Feshi*, *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, 1. Kamu İhale Hukuku Kongresi, Editörler: Prof. Dr. Fehim Üçışık, Prof. Dr. Çetin Arslan, Av. Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kaplan, İbrahim, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin, Ankara, 2013.
- Karayalçın, Yaşar, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler IV*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.
- Kurşat, Zekeriya, *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz, İstanbul, 2017.
- Kutlu, Meltem, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997.
- Öz, Turgut, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2016.
- Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Serozan, Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı; Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt), 7. Bası, Filiz, İstanbul, 2016.
- Sezginer, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin, Ankara, 2000.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz, İstanbul 1993, s. 903; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta, İstanbul.
- Uz, Abdullah, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Turhan, Ankara, 2010.

Elektronik Kaynaklar

- Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 12.03.2017).

ÖZ

Bu makalede İdare Mahkemesi'nin usulüne uygun yapılmayan ihaleyi iptalinin kamu ihale sözleşmesine etkisi ele alınmıştır. Söz konusu incelemede, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.06.2014 tarihli kararından hareket edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Usulüne uygun yapılmayan ihale, İdare mahkemesi iptal kararı, Kamu ihale sözleşmesi

Karar İncelemesi: Kanundan Doğan Çalışma Kıdem Tazminatı İlişkisi*

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2014/22862 Esas 2015/34263 Karar 03.02.2015 Tarih)*

Decision Examination: Relation between Legal Work and Severance Pay

(Civil Department No. 9 of the Supreme Court (Docket No. 2014/22862, Decision No. 2015/34263, Date. 03.02.2015))

Seçkin NAZLI**

ABSTRACT

In this article, relation between legal work and severance pay was taken into consideration. In the mentioned examination, decision of Civil Department No. 15 of the Supreme Court (Docket No. 2014/22862, Decision No. 2015/34263, Date. 03.02.2015) was taken as basis.

Keywords: Legal work, Severance pay, Decision of supreme court.

Dava: Davacı, kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: A-) Davacı İsteminin Özeti: Davacı; davalı üniversitede uzman hekim adayı olarak 09/06/2003 ile 30/11/2008 tarihleri arasında çalıştığını, iş akdinin 30/11/2008 tarihinde feshedildiği, müvekkilin uzman hekimlik eğitimini başarıyla tamamlayıp "ortopedi uzmanı" unvanını alınca devlet hizmeti yükümlülü-

* Makale gönderim tarihi: 05.06.2017. Makale kabul tarihi: 23.06.2017.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

ğünü yerine getirmek için kendi iradesi dışında davalı üniversitesinden ayrıldığını, kıdem tazminatı ödenmediğini iddia ederek, kıdem tazminatı alacağını davalıdan tahsilini istemiştir.

B-) Davalı Cevabının Özeti: Davalı; davacının 4857 Sayılı kanun çerçevesinde çalışmadığını, bu sebeple kıdem tazminatı talebinde bulunmasının da mümkün olmadığını, davacının davalı üniversitede görevlendirilmesinin 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ve Tıpta Ve Diş Hekimliği'nde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde gerçekleştirildiğini, davacının uzmanlık eğitimi görmeye hak kazandığını ve atamasının sınav sonucuna göre yapıldığını, atamasının yapılmasını sağlayan sınavın 2547 Sayılı kanun hükümlerine göre yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C-) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D-) Temyiz: Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

E-) Gerekçe: Uyuşmazlık davacının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte olan Mülga 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi halen yürürlükte olduğundan, kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından belirtilen madde hükmü uygulanmalıdır. Davacının iş sözleşmesini zorunlu devlet hizmeti gereğince sonlandırdığını ve kıdem tazminatını hak ettiğini iddia etmişse de, kıdem tazminatına hangi hallerde hak kazanılacağı 1475 Sayılı Kanun'da belirtilmiştir. Davacı işçinin iş akdini zorunlu devlet hizmeti için sonlandırması kıdem tazminatı hakedilecek bir hal değildir. Bu sebeple kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, 03.12.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

I. Olayın Özeti

Yargıtay ilamından anlaşılan, dava; uzman hekim aday olarak belirli bir süre bir vakıf üniversitesinde iş sözleşmesine taraf olarak çalışan davacının uzmanlık eğitimini tamamlamasının ardından zorunlu devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmek üzere üniversiteden ayrılması sonrasında kendisine ödenmeyen kıdem tazminatı alacağını tahsiline ilişkindir.

II. Hukuki Sorun

Yargıtay ilamına konu uyuşmazlıkta hukuki sorun, uzmanlık eğitimi sonrası zorunlu devlet hizmeti yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla iş sözleş-

mesinin sona erdirilmesinin işçi bakımından kıdem tazminatına hak kazandırıp kazandırmayacağına ilişkindir.

III. Yerel Mahkemenin Kararı

Yerel mahkeme, davacının talebini yerinde görerek davanın kısmın kabulüne karar vermiştir.

IV. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı

Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca halen uygulama olanağı bulan 1475 sayılı İş Kanununun 14. Maddesin hükümleri uygulanarak kıdem tazminatına hak kazanma konusundan sonuca varılması gerekliliğini saptamıştır. İlgili düzenlemenin ortaya koyduğu esaslar bakımından konunun değerlendirilmesine geçildiğinde davacının iş sözleşmesini zorunlu devlet hizmeti gereği sonlandırdığı öncelikle belirtilmiştir. Davacının iş sözleşmesinin sona erdirmeye nedeninin 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde düzenlenen iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona erdiren hallerden birisi olarak düzenlenmediği tespiti yapılarak davacının bu sebeple kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesinin hatalı olduğu, yerel mahkeme ilamının belirtilen gerekçeyle bozulması gerektiği hükmün gerekçe kısmında açık biçimde belirtilmiştir.

V. İnceleme ve Değerlendirme

Kıdem tazminatına yönelik ilk hukuki düzenleme 12.06.1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu'nda¹ yer almaktadır². Kıdem tazminatına yönelik hukuki düzenlemelerin uzun bir süredir uygulanıyor olması kıdem tazminatına işçi tarafınca özel önem verilmesine neden olmuştur. Bu nedenle kıdem tazminatına yönelik olarak yapılmaya çalışılan her yeni düzenleme kamuoyunun doğrudan gündemine yerleşmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun³ 2003 yılında kabul edilmesi ile birlikte kanunun geçici 6. maddesi gereği kıdem tazminatı fonu kurulacağı hususu İş Kanunu düzenlemesi içerisinde yer almıştır. Kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar geçecek süre boyunca, 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi düzenlemesi gereği 1475 sayılı İş Kanunu'nun⁴ kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi hükümleri uygulanmaya devam edilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne aradan ondört yıla yakın bir süre geçmesine

1 RG. 15.06.1936 T. 3330 S.

2 Türk hukukunda kıdem tazminatının tarihi gelişimi ile ilgili, yürürlüğü konulan ilk hukuki düzenleme ve takip eden hukuki süreç konusu için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 5 vd.

3 RG. 10.06.2003 T. 25134 S.

4 RG. 01.09.1971 T. 13943 S.

rağmen halen kıdem tazminatını düzenlemeye yönelik başta fon tesisi olmak üzere yeni bir hukuki düzenleme konusunda sosyal taraflarca mutabakata varılamamıştır. Bugünlerde kıdem tazminatına ilişkin yeni bir hukuki düzenleme gerçekleştirme konusundaki çabalarda artış olduğu gözlenmektedir. Ancak işçi tarafının kıdem tazminatını seksen yılı aşkın bir süredir sahip olunan önemli bir işçilik kazanımı olarak kabul etmesine bağlı mevcut düzenlemelerden geriye gidiş konusunda ödün vermez net tavrı ile şekillenen yaklaşımının nasıl bir yeni hukuki düzenleme teklifi ile aşılabacağı meselesi merak konusudur. Kanaatimizce ilerleyen zamanlarda kıdem tazminatına ilişkin hukuki düzenlemelerde değişiklikler yaşanması olasıdır. Bu çalışmamızda kıdem tazminatına yönelik olası değişiklikler konu edilmemiştir. Bu bağlamda kısaca kıdem tazminatının tanımı, hukuki niteliği ve hak kazanım koşulları ile kanundan doğan çalışmaya yönelik yasal düzenlemelere ilişkin açıklamalar çalışmamız içeriğinde yer almaktadır. Genel olarak çalışmamızın konusunu kıdem tazminatına yönelik hak kazanım koşulları ekseninde kanundan doğan çalışma olgusunun gerçekleşmesi halinde işçi bakımından bu durumun kıdem tazminatı talep hakkına etkisi oluşturmaktadır. Çalışma konusunun belirlenmesinde özellikle konuya ilişkin emsal bir Yargıtay ilamında varılan sonuç etkili olmuştur. Bu nedenle kanundan doğan çalışmanın kıdem tazminatına hak kazandırıp kazandırmayacağı hususundaki değerlendirmelerimizde emsal Yargıtay içtihadında yer verilen tespitlere özel olarak değinilmiştir.

“Kıdem tazminatı, kanunen sayılı hallerde iş sözleşmesi sona eren işçiye, belirli bir süre çalışmış olması şartıyla, hizmet süresine ve ücretine göre değişen miktarlarda işveren tarafından ödenmesi gereken bir paradır”⁵. Kanundan doğan kıdem tazminatı talep hakkına sahip olmak bakımından dört ana koşulun sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda; İş Kanunu, Basın İş Kanunu ya da Deniz İş Kanununa tabi bir işte, iş sözleşmesiyle, asgari bir süre çalışan ve iş sözleşmesi kanunda öngörülen bir sebeple sona eren işçi bakımından kıdem tazminatı talep hakkı doğacaktır. 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunundaki esaslara paralel bir düzenlemeyle kıdem tazminatını düzenleyen (m. 20), 5953 sayılı Basın İş Kanunu gazetecilere, oldukça farklı esaslara dayanan bir kıdem tazminatı hakkı tanımıştır (m. 6). Kanun koyucu işveren tarafından ödenmesi gereken parayı kıdem tazminatı olarak adlandırmıştır. Yargıtay kararlarında kıdem tazminatının işçilerin yıpranması karşılığı olarak nitelendirildiği tespit edilmektedir⁶. Bu tespit Türk hukukunda hakim olarak be-

5 Narmanlıoğlu, s. 4.

6 Bkz. Yarg. HGK 1992/9-647 E., 1993/14 K., 27.01.1993 T.; Yarg. 9. HD 2014/25512 E. 2015/36753 K. 24.12.2015 T.; Yarg. 9. HD 2014/17600 E. 2015/30741 K., 02.11.2015 T.; Yarg. 9. HD., 2014/18047 E. 2015/30679 K. 02.11.2015 T.li ilamları.

nimsenen, kusur esaslı çerçevesinde şekillenen tazminat hukuku ile tam olarak uyum içerisinde olmasa da Yargıtay kararlarında yer verilen yıpranma karşılığı tazminat yaklaşımı işçiye kıdem tazminatı ödenmesinde belirli bir amacın sağlanmasının gözetildiğini göstermesi bakımından önemlidir. Kıdem tazminatının ilk düzenlendiği dönemde bu yönde bir hukuki düzenlemenin yapılması gereğine yönelik olarak öne sürülen görüşler içerisinde; kıdem tazminatının, işçinin işyerinde sadakatla geçmiş çalışmaları karşılığı⁷ olarak değerlendirilmesinden, işçinin işyerine bağlanma amacının gözetilmiş olmasına⁸ varan farklı görüşler mevcuttur. Kıdem tazminatının hukuki niteliğine dair yapılan farklı değerlendirmeler içerisinde kıdem tazminatını bir çeşit sosyal yardım olarak nitelendiren görüşten başka kıdem tazminatına işsizlik sigortasına yönelik hukuki düzenlemelerin mevzuatta mevcut olmadığı dönemlerde işsizlik sigortasına özgü fonksiyonlar da yüklenmiştir⁹. Kıdem tazminatına yönelik düzenlemelerin kabulü sürecinde kanun koyucunun çeşitli düşüncelerin etkisi ve ihtiyaçların baskısı altında kalarak hükümleri oluşturduğu şüphesizdir. Düzenlemenin doğrudan amacı olarak belirtmek pek doğru olmasa da kanaatimizce özellikle düzenlemenin önemli bir sonucunun da kıdem tazminatının işçiye sağladığı iş güvencesi fonksiyonudur. İşçilerin işten çıkartılmalarını önleyici etkisi bakımından, fesih öncesi ödenecek tazminatların fesih yaptırımını yeniden gözden geçirmeye yönelik işverenlerde bir tavır yarattığı bilinmektedir. Kıdem tazminatı hukuki müessesesi farklı düşünce ve ihtiyaçlarla şekillenmiş olsa da sonucunda işçiler bakımından sınırlı da olsa bir iş güvencesi sağlamıştır. Bu açıdan bakıldığında kıdem tazminatı halihazırda özellikle iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından çalışma hayatında iş güvencesine yönelik sınırlı bir koruma işlevi sağlaması bakımından halen önemini korumaktadır. Ayrıca mevzuatta düzenlendiği haliyle işsizlik sigortasından istifade koşullarının yardımlardan istifade

7 Bkz. Yarg. HGK 1992/9-647 E., 1993/14 K., 27.01.1993 T.; Yarg. 9. HD 2014/25512 E. 2015/36753 K. 24.12.2015 T.; Yarg. 9. HD 2014/17600 E. 2015/30741 K. , 02.11.2015 T.; Yarg. 9. HD., 2014/18047 E. 2015/30679 K. 02.11.2015 T.li ilamları.

8 Mollamahmutoğlu & Astarlı & Baysal, kıdem tazminatı konusundaki kanun hükümlerinin amacı ve düzenleme tarzı dikkate alındığında işçinin işyerine bağlılığının karşılığı bir ödeme olarak kabulünün daha uygun düştüğü kanaatindedir. Bu görüşü kuvvetlendiren temel gerekçenin İş Kanunu 25/II bent ahlak ve iyiniyet hallerine dayalı fesih durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanamaması olduğu kanaatindedir. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 1103.

9 Kıdem tazminatının hukuki niteliğine ilişkin metin içeriğinde belirttiğimiz görüşlerden başka öğretilerde kıdem tazminatının, ileriye bırakılmış ücret, ikramiye veya tazminat olduğuna ilişkin görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 2996 vd.; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 770 vd.

edebilmek bakımından kolay karşılanabilir nitelikte olmaması¹⁰ ve yardımların belirli bir süreliğine sağlanıyor olması gibi nedenler dikkate alındığında pek çok işçinin halihazırda işsizlik sigortasından yararlanamadığı gerçeği de ortadadır. Bu nedenle kanaatimizce işsizlik sigortasına ilişkin düzenlemelerin beklenen amacı karşılamadaki yetersizliği nedeniyle kıdem tazminatının özellikle halen işsizlik sigortasından yararlanamayan işçiler bakımından işsizlik sigortasından beklenen faydaları da bir nebze sağladığının kabulü gereklidir. Sonuç olarak kıdem tazminatına yönelik düzenlemelerin nedenleri ile kıdem tazminatının hukuki niteliğine ilişkin tüm bu hususlar dikkate alındığında ÇENBERCİ'nin kıdem tazminatı ile ilgili yapmış olduğu değerlendirme bugün de halen geçerliliğini sürdürmektedir. ÇENBERCİ'ye göre, "kıdem tazminatı, bütünü bakımından belli ve ahşılmış kalıplardan hiçbirine girmeyen, ama hepsinden de esinlenmiş, tamamen kendine vergi bir hukuki ödev düşüncesine dayanır"¹¹. Kıdem tazminatını ister işyerine emeği geçen bir işçiye, çalıştığı dönemde meydana gelen yıpranmasının karşılığı bir sosyal yardım olarak değerlendirelim ister işçinin işyerine bağlanmasının karşılığı olarak düşünülmüş bir ödeme olarak görelim nihayetinde kanunkoyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya iten nedenler halen mevcudiyetini devam ettirmektedir. Kanaatimizce kıdem tazminatı ile ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz işsizlik sigortasının ve iş güvencesine yönelik düzenlemelerin mevcut olmadığı dönemler için yapılan değerlendirmelerde dahil olmak üzere, kıdem tazminatının amacı ve hukuki niteliğini açıklayıcı görüşlerin tamamı, kıdem tazminatına yönelik düzenlemenin kabulü için kanunkoyucunun temel amacını belirlemede etkili olmuştur.

Kıdem tazminatı talep hakkının doğumu için gereken koşullar kıdem tazminatına ilişkin yasal düzenleme içerisinde belirlenmiştir. Kıdem tazminatına hak

10 İşsizlik sigortasından sağlanan yardımlara hak kazanma bakımından belli süre işsizlik sigortası primi ödemiş olmak gerekir. Prime ilişkin ilk koşul, hizmet akıtlarının sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş ve işten ayrılmadan önceki son 120 gün içinde prim ödeyerek sürekli çalışmış olmaktır. Özellikle son 120 gün içinde sürekli çalışmış olma yönündeki ek koşul, sosyal sigorta ilkelerine aykırı olduğu ve ödeneğe hak kazanma bakımından sınırlayıcı bir etki yarattığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 689.

11 Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 145; Kıdem tazminatının iş hukukuna özgü bir tazminat olduğu görüşü için bkz. Günay, s. 3000; Süzek, s. 771; Mustafa Kılıçoğlu, *4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*, Ayhan Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 620; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 29. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 491-492; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat kıdem tazminatının belirli bir kalıba sokulamayan ve kendine özgü bir hukuki kurum niteliğine sahip olmasındaki temel nedenin farklı tarihlerde, farklı amaçlar gözetilerek birbiri ile uyum içerisinde gerçekleştirilmeyen çok sayıda değişikliğin etkisi olarak ortaya çıktığı görüşündedir. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 491 - 492.

kazanmak için İş Kanunu, Basın İş Kanunu¹² ya da Deniz İş Kanununa¹³ tabi bir işte, iş sözleşmesiyle, asgari bir süre çalışma gereği mevcuttur. Çalışmanın iradi olması, serbest iradeyle üstlenilen bir faaliyet olması asıldır. Herhangi bir kişiye çalışmanın dayatılması, iradesi dışında iş görme yükümlülüğü altında bırakılması kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil eder. Anayasa, zorla ya da zorunlu olarak çalışmak zorunda bırakılan kişinin kişilik haklarının zedeleneceği kabulünden hareketle, kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil edecek davranışı korumamış, yasaklama yoluna gitmiştir. Bu nedenledir ki Anayasanın 18. maddesinin birinci fıkrasında zorla çalıştırma açık biçimde yasaklanmaktadır. Ayrıca Anayasanın 48. maddesinde herkesin özgür iradesi ile tercih ettiği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmektedir. Anayasanın 49. maddesinde çalışmanın herkes için hak olduğu kadar aynı zamanda birey üzerinde ödev olarak somutlaşabileceği hususu vurgulanmıştır. Kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıysa angarya olarak tanımlanmaktadır. Zorla çalıştırma, bir başka ifade ile angarya Anayasal düzeyde yasaklanmıştır. Anayasanın 18. maddesinde “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır” düzenlemesine yer verilmiş, ardından hangi hallerin zorla çalıştırma kapsamında değerlendirilmeyeceği madde içerisinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar¹⁴, olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler¹⁵, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının¹⁶ zorla çalıştırma sayılmayacaktır. Anayasada sayılan üç hal zorla çalıştırma kabul edilmeyecek türden çalışmalar olarak sınırlı biçimde sayılmıştır. Bu üç hal kapsamına girmeyen çalışmalar Anayasada sayılan istisnalar kapsamında değerlendirilmeyecektir¹⁷.

İşçilerin özgür iradeleri ile taraf oldukları iş sözleşmesinin yasada düzenlenen hallerden biri kapsamında sona ermesi işçi açısından kıdem tazminatı talep hakkı yaratacaktır. Ancak kimi hallerde Anayasal bir temele sahip olarak kanunla düzenlenen vatandaşlık ödevi niteliğindeki çalışma mecburiyeti nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda işçi kıdem tazminatı talep edebilecek midir? İşçi özgür iradesi ile iş sözleşmesini sona erdirmemiş halde Anayasal bir

12 RG. 20.06.1952 T. 8140 S.

13 RG. 29.04.1967 T. 12586 S.

14 Detaylı bilgi için bkz. Seçkin Nazlı, *Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 84 vd.

15 Detaylı bilgi için bkz. Nazlı, s. 91 vd.

16 Detaylı bilgi için bkz. Nazlı, s. 85 vd.

17 Çalışma hak ve özgürlüğünün Anayasa’da düzenlenme biçimi ve konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Nazlı, s. 69 vd.

yükümlülüğü yerine getirmesi amacıyla kanunla kendisine yükümlenen ödev mahiyetinde bir çalışma mecburiyetini yerine getirmek için iş sözleşmesini sona erdirmek durumunda kalıyorsa bu durumda iş sözleşmesinin kendi isteği ile sona erdirdiğinin kabulü mü gerekir? Kıdem tazminatına hak kazandıran haller kanunda sınırlı olarak sayıldığına göre incelediğimiz emsal Yargıtay ilamında varılan sonuçta olduğu gibi somut durumun kanunda kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında sayılmadığı gerekçesiyle vatandaşlık ödev niteliğindeki Anayasal yükümlülüğünü yerine getirmek üzere iş sözleşmesini sona erdiren işçinin kıdem tazminatı talep hakkının olmayacağı sonucuna mı varılmalıdır? Tüm bu hususların hukuki müesseselerin özellikleri ve yasal düzenlemeler gözetilerek detaylı biçimde değerlendirilmesi ile sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz.

Ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları olarak Anayasada belirtilen çalışmaların birey üzerinde ödev niteliğinde somutlaştığı haller önceden öngörülebilir değildir. Özel kanunlar ile bazı meslek gruplarına özgü vatandaşlık ödevi niteliğinde beden ve fikir çalışmalarına ilişkin yükümlülükler getirilmektedir. Anayasanın 18. maddesinde belirtilen nitelikte zorunlu çalışma sayılmayan haller çalışma özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Herkesin dilediği alanda çalışma özgürlüğüne sahip olduğu 48. maddedeki temel ilkeyi sınırlandırıcı hukuki tasarrufların mutlak olarak kanunla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu kapsamda değerlendirilebilecek her türlü yükümlülüğün özel olarak kanunla getirilmesinin önemli bir koşul olduğunu vurgulamamız gerekmektedir. Ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki çalışmalara örnek olarak Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹⁸ ile getirilen yükümlülük verilebilir. Yargıtay ilamına konu ihtilafta da davacının kendisine Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile getirilen bir yükümlülüğü¹⁹ yerine getirmek

18 RG. 15.05.1987 T. 19461 S.

19 Anayasa Mahkemesi 13.03.2006 tarihli 2006/21 Esas 2006/38 Karar sayılı kararı ile başvuru üzerine 5371 sayılı yasa ile Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek fıkranın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını incelemiştir. Başvurunun esası aynı meslek grubuna bir defadan fazla ve yıllarca devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesinin temel hakların sınırlandırılmasındaki ölçülülük ilkesine aykırılığı iddiasına dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi başvuruya esas itiraz konusu kuralı Anayasa'nın 2., 13., 18., 48., 49. ve 56. maddelerine aykırı bulmayarak iptal isteminin reddi yönünde karar tesis etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bu kapsamda ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin Devlet hizmeti ile yükümlü kılındığı ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alındığında, ülke ihtiyaçlarının söz konusu devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığının kabulünün gerekeceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet niteliğinin bir gereği olarak ve Anayasanın 56. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında, sağlık hizmetleri alanında tabip, uzman tabip ve yan

maksadıyla iş sözleşmesini sona erdirdiği anlaşılmaktadır.

Anayasanın 18. maddesinde sayılan ve zorla çalıştırma kabul edilmeyeceği belirtilen diğer haller olan olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler ile ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının gerçekleşmesi hallerinde durumun mevcut iş sözleşmelerine etkisi konusu İş Kanunu'nun 31. maddesi ile düzenlenmiştir. Zira her iki halde de birey üzerinde somutlaşan kanundan doğan çalışma ödevi kapsamında yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler olağanüstü hal kanununda düzenlenmektedir. Ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarıysa özel kanunlar ile düzenleme konusu yapılmaktadır. Olağanüstü dönemde ya da olağan dönemde vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının gerçekleşmesi halinde, çalışma yükümlülüğüne tabi tutulanların mevcut iş sözleşmelerine İş Kanunu'nun 31. maddesinin uygulama olanağı bulacağı kanaatindeyiz.

Kanundan doğan çalışmaya yönelik hukuki sonuçları düzenleyen mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesi "*askerlik ve kanundan doğan çalışma*" üst başlığını taşımaktaydı. Düzenlemenin 1. fıkrası; "*Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut*

dal uzmanı tabip ihtiyacı gözetilerek bu alanda var olan açığın tamamlanması amacıyla getirildiğinin anlaşıldığı kararda vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananların her eğitimleri için ayrı olmak kaydıyla devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmalarının, bu eğitimler sonucunda kazanılan ünvanlara bağlı olarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabiplerin her birinin hizmetine duyulan ihtiyaçtan kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Ayrıca AYM, Anayasa'nın 13. maddesi ile konuya ilişkin ilgili diğer Anayasa maddelerinin birlikte incelenmesi sonucunda, her bir eğitimleri için tabiplere devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesiyle, tabiplerin çalışma özgürlüğünün ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırıldığı kabulüne olanak bulunmadığı sonucuna varmıştır. Tabipler için getirilen devlet hizmeti yükümlülüğü, bu kişilerin almış oldukları her eğitim sonucunda elde ettikleri bilgi birikimlerini ülke ihtiyaçları doğrultusunda devlet hizmetine sunmaları olarak kabul edilmiştir. Kararda Anayasa'nın 18. maddesinde öngörüldüğü üzere, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki devlet hizmeti yükümlülüğünün, bu düzenleme ile elde edilmek istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan ya da orantısız bulunduğu söz edilemeyeceğine vurgu yapılmıştır. Bir tabibin devlet hizmeti yükümlülüğüne yol açan ikinci ve/veya üçüncü eğitimine başlamasından önce, bu yükümlülüğü bilerek söz konusu eğitimi almak amacıyla sınava girdiği, bu durumun ise tabiplerin bu yöndeki bilinçli tercihlerini yansıttığı gerekçede dayandırılan hususlardan bir tanesidir. Devlet hizmeti yükümlülüğü sürelerinin ihtiyaca göre Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla kısaltılabileceğinin hükme bağlanmış olması da pratisyen, uzman ve yan dal uzmanı tabip ihtiyacının gözetilerek devlet hizmeti yükümlülük sürelerinin belirlenmesine yönelik kabul edilmiştir. Devlet hizmeti yükümlüsü tabip sayısının artışına bağlı olarak bu kişilerin atanmalarında gecikmelerin ortaya çıkması halinde de ilgililerin çalışma hürriyetinin ölçüsüz olarak sınırlandırılmış olacağı kabulü için yeterli görülmemekle yasal düzenlemelerin iptali yönündeki talep reddedilmiştir.

herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin hizmet akti işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra feshedilmiş sayılır.” hükmünü içermekteydi. 1475 sayılı İş Kanunu’nun 27. maddesinin içeriği geneli itibariyle, aynı konuyu düzenlemek üzere kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31. maddesinde korunmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31. madde gerekçesinde de 1475 sayılı İş Kanunu’nun 27. maddesinin genel olarak korunduğuna vurgu yapılmış, son fıkrada öngörülen sözleşme yapma zorunluluğuyla ilgili hukuki yaptırım boşluğunun doldurulduğu belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31. maddesi, mülga kanunun ilgili maddesi ile aynı üst başlığı taşımaktadır. Maddenin 1. fıkrası; “*Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır.*” hükmünü içermektedir. Her iki düzenlemede işçinin haklarının korunması bakımından bekleme süresi öngörülmüştür. Böylece madde belirtilen durumların ortaya çıkması üzerine hemen iş sözleşmesinin feshine başvurulmasının önlenmesi istenmiştir.

Amaçtan hareketle kanundan doğan, hak niteliğindeki bekleme süresinin kamu düzenini ilgilendirdiğini, bu nedenle sözleşme maddeleri ile kısaltılmalarına da cevaz verilmeyeceği öğretide ileri sürülmüştür²⁰. Ancak bekleme süresinin iş sözleşmesinde düzenlenecek hükümlerle uzatılabileceği kabul edilmektedir. Bekleme süresi içerisinde işçinin tekrar işine dönmesi ihtimalinde iş sözleşmesi hükümleri tekrar yürürlüğe girecektir. Daha önce de ifade edildiği gibi 4857 ve 1475 sayılı Kanunlarda yer alan düzenlemelerin ilk fıkraları içerik itibarı ile büyük ölçüde benzeşmektedir.

Terminolojik farklılıklar yanında dikkat çeken, bir başka belirgin fark 1475 sayılı Kanunda yer alan iş sözleşmesinin “...*feshedilmiş sayılacağı*” ibaresinin yerini 4857 sayılı Kanunda “...*işverence feshedilmiş sayılır*” ifadesine bırakmasıdır. Kanunkoyucu’nun iki düzenleme arasında farklılık olarak ortaya koyduğu bu durumun yaratacağı hukuki sonuçların değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Belirtelim ki, madde gerekçesinde iki düzenleme arasında yer alan farklılığa ilişkin herhangi bir değerlendirme mevcut değildir. Ancak kanaatimizce pozitif hukuk metni olarak yürürlükte olan 31. madde düzenlemesinde tercih edilen *iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılacağına ilişkin* ibarenin

20 Çenberci, s. 293.

önemli hukuki sonuçları mevcuttur²¹. Mülga kanun düzenlemesinden ayrılan bu temel fark sayesinde, kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle çalışma mecburiyetinde kalan işçinin iş hukukuna özgü tazminatları talep edip edemeyeceğine yönelik önceki kanun düzenlemesinden doğan tartışmalar bir ölçüde azalabilecektir. Zira 1475 sayılı İş Kanunu 27. madde içeriğinde yer alan “...feshedilmiş sayılacağı” ibaresi aynı konuyu düzenleyen 4857 sayılı Kanunun 31. maddesine nazaran daha muğlaktır. İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılması ne anlama gelmektedir?

Öğretide 1475 sayılı Kanunun 27. maddesinde yer alan feshedilmiş sayılır ibaresini tıpkı 4857 sayılı Kanunun 31. maddesi düzenlemesi gibi işverence feshedilmiş sayılacağı şeklinde değerlendiren görüşler mevcuttur²². Kanundan doğan çalışmanın askıda kalma süresini aşması dolayısıyla işçinin işine dönmemesi halinde, hizmet akdinin kendiliğinden sona ermeyeceği, işverenin akdi sona erdirmek konusunda zımnen fesih beyanında bulunduğu kabul edilebilir²³. 1475 sayılı Kanunun 27. madde düzenlemesini karanlık ve bulanık olarak nitelendiren ÇENBERCİ, somut düzenlemeyi fesih ve infisahın karma hali olarak nitelendirmiştir²⁴. ÇENBERCİ, kanunda öngörülen bekleme süresi sonunda iş sözleşmesinin sona ereceğini ancak sona erişin infisah şeklinde olmadığı, tarafların farazi fesih iradelerinin sonucu olarak belirlendiği, sürenin bitmesinden sonra tarafların sözleşmeyi feshetmiş olduklarının kabul olunacağını belirtmiştir²⁵. Feshedilmiş sayılır ifadesinden infisah – kendiliğinden son bulma sonucuna ulaşmak kanaatimizce isabetli değildir. Zira her iki sebeple iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Tarafların aynı anda iş sözleşmelerini feshetmiş sayılması beraberinde başkaca hukuki tartışmaları ge-

21 Değerlendirmeler işverence feshedilmiş sayılır ibaresinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazandırıcı etkisi yönüyle ele alınmıştır. İşçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olması durumunda kanun metninde yer alan işverence feshedilmiş sayılır ifadesinin feshin geçersizliğinin tespitine yönelik talep hakkı verip vermeyeceği hususu değerlendirme dışı bırakılmıştır. Konu ile ilgili benzer tartışmalar ve değerlendirmeler aynı ifadenin kullanıldığı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 23. maddesi kapsamında da yapılmaktadır. Bu konuda işverence feshedilmiş sayılır ifadesinin iş güvencesine tabi işçi bakımından feshe karşı İş Kanunu hükümlerine göre feshin geçersizliğinin tespitine yönelik talep hakkı vereceği ve işe iade davası açabileceği görüşü için bkz. A. Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 2015, s. 78.

22 Münir Ekonomi, *İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 188; Müjdat Şakar, *İş Kanunu Yorumu*, 4. Baskı, İstanbul, Yaklaşım Yayıncılık, 2009, s. 447. Şakar, kanuni çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin askı süresinin kanunda belirlenmiş askı süresini aşması halinde ortaya çıkan durumu otomatik fesih olarak nitelendirmekte ve emsal duruma maruz kalan işçiye durumun izah ve savunmasının güçlüğüne değinmektedir Şakar, s. 447.

23 Ekonomi, s. 188.

24 Çenberci, s. 292.

25 Çenberci, s. 292.

tirecektir²⁶. AKYİĞİT, 1475 sayılı İş Kanunu düzenlemesinin yürürlükte olduğu dönemde tartışmaların yaşandığı bir konunun, yeni yasa ile sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılacağına ilişkin ifadeye yer verilerek olumlu bir yaklaşımla düzenlendiğini belirtmiştir²⁷. Kanaatimizce de 4857 sayılı Kanunun 31. madde düzenlemesi artık iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği tartışmalarını önleyici etkisiyle isabetlidir. Bu durumda iş sözleşmesini işverenin feshettiğinin kabulü ile bir nebze işçilik alacakları bakımından işçi garanti altına alınmıştır. Ancak tartışmalar salt iş sözleşmesinin kimin tarafından feshedildiğine yönelik olarak değil, işverence gerçekleştirildiği kabul edilen feshin hangi tür fesih olarak kabul edilmesi gerektiği aşamasında devam edecektir²⁸.

Kanaatimizce madde içeriğinde kastedilen fesih türünün bildirim süreleri gözetilerek gerçekleştirilen bir süreli fesih olmadığının kabulü gerekmektedir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi kapsamına belirsiz süreli iş sözleşmeleri girdiği gibi belirli süreli iş sözleşmeleri de girmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde kural bildirimli feshе başvurulamamasıdır. Bu nedenle kanunun sözünü ettiği feshin derhal fesih olduğu kanaatindeyiz²⁹. Kanunun ilgili maddesinin uygulanması ancak işçinin kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılmak zorunda kalması ve işini görmekte kusursuz imkânsızlık durumunun ortaya çıkmasına bağlıdır. Bu durumun iş sözleşmesinin işverence feshi için haklı bir sebep olarak kabul edilebilmesi de özel şartlara tabi tutulmuştur. Öncelikle kanunda belirlenen askı süresi boyunca işverenin feshе başvuramayacağının kabulü gerekmektedir. Ancak askı süresinin dolması ile birlikte halen imkânsızlık halinin devam etmesi halinde, akdin bu nedenle feshedilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır³⁰. AKYİĞİT, böyle bir durumda iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde işverence derhal feshedildiği faraziyesinin kabul edilmesi gerektiği görüşündedir³¹. Sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılmasının haksız fesih olarak kabul edilemeyeceği ya da işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık hallerinden birini içeren davranışı kapsamında bir fesih olarak algılanamayacağı açıktır³². Böyle bir sonucun kabulü iş hukukunun temel felsefesi olan işçiyi koruma ilkesine aykırılık oluşturur.

26 Ekonomi, s. 188 dn. 451.

27 Ercan Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt 1*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 1297.

28 Kılıçoğlu, "feshedilmiş sayılma" düzenlemesini suskun kalma olarak değerlendirmektedir. İşverenin madde ile belirlenen süre sonunda iş sözleşmesini feshetmeyebileceğini, kanun koyucunun düzenleme ile karine koyduğu kanaatinde. Kılıçoğlu, s. 342 - 343.

29 Ekonomi, s. 188.

30 Ekonomi, s. 188.

31 Ercan Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 376; Akyiğit, *Şerh*, s. 1297.

32 Akyiğit, *Şerh*, s. 1297.

Yargıtay ilamına konu ihtilafta davacının uzman hekim adayı olarak belirli bir süre bir vakıf üniversitesinde iş sözleşmesine taraf olarak çalıştığı, uzmanlık eğitimi tamamlamasının ardından zorunlu devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmek üzere üniversiteden ayrılması sonrasında kendisine ödenmeyen kıdem tazminatı alacağını talep ettiği anlaşılmaktadır. Konuyu düzenleyen mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesinde işvereni yasa gereği iş sözleşmesini fesheder konuma sokan bir düzenleme bulunmadığına göre; 4857 sayılı Kanunun 31. maddesindeki değişikliği dikkate almak ve herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan ve iki ay içinde işine dönemeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılması gerektiğinden hareket edilebilir. Bu durumda işveren feshinin önemli bir hukuki sonucu olarak davacı bakımında kıdem tazminatı talep hakkı ortaya çıkarttığı kabul edilebilecektir.

Öte yandan İş Kanunun 31. maddesine vereceğimiz anlam karşı görüşün oluşturulmasına temel teşkil edebilir. Bu noktada İş Kanunu'nun 31. maddesi düzenlemesini bir bütün olarak ayrı ele alarak değerlendirdiğimizde maddenin salt birinci fıkrasından hareketle sonuca varılmaması gerektiği ileri sürülebilir. Şöyle ki üçüncü fıkra *"iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez"* hükmü açıkça, yasal iki aylık ödev süresi içerisinde iş sözleşmesinin askıda olduğunun kabul edildiğini göstermektedir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasıyla *"herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır"* hükmü ile işverene işe alma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca işveren bu yükümlülüğe uymazsa aynı maddenin son fıkrasına göre, işe alınma isteğinde bulunan eski işçisine üç aylık ücret tutarında tazminat ödeme yükümlüsü olacağı hükme bağlanmıştır. Kısaca 4857 sayılı İş Kanununun 31. maddesi iki aylık süre için yasal ödevlerin yerine getirilmesini zorunlu kabul etmiş, bu sürede iş sözleşmesinin askıda olacağı esasını benimsemiş, kanuni ödevin sona ermesinden sonra da işçiye iki aylık süre tanıyarak eski işine dönme olanağı tanımıştır. Bu hali ile madde özel bir anlam ve içeriğe sahiptir. Bu noktada temel sorun davacı emsali uzman hekimlerin 31. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri noktasında toplanmaktadır. 5371 sayılı Kanuna göre uzman hekimlik eğitimi görenlerin bu eğitimi görmeleri zorunlu değildir. Uzmanlık eğitimi tamamen hekimin kendi tercihidir. Uzmanlık eğitimi yapmaya karar veren bir hekim, sınava girerek, kazanması halinde almış olduğu puana ve tercihinine göre resmi veya vakıf üniversitelerinden birinde eğitime başlamaktadır. Özellikle vakıf üniversitelerinde uzmanlık eğitimi döneminde uzmanlık eğitimi alanlar ile iş sözleşmesi yapıl-

maktadır. Uzmanlık eğitiminin tamamlanmasının ardından eğitim alan hekim için yasa ile belirlenmiş süre boyunca mecburi hizmet dönemi başlar. Bu dönem Bakanlıkça uygun görülen kuruluşlarda memur statüsünde veya sözleşmeli sağlık personeli olarak devlet hizmeti şeklinde geçmektedir. Mecburi hizmetin tamamlanması ile birlikte uzman hekim sıfatı kazanılmaktadır. İş Kanunu'nun 31. madde düzenlemesinden geçici zorunlu hizmetleri kapsar biçimde maddenin düzenlendiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Uzman hekimlik sürecinde yasa gereği zorunlu tutulan mecburi hizmet yükümlülüğü maddede kastedilen türden geçici zorunlu bir yasal görev niteliğinde değildir. İş Kanununun 31. maddesinin öngördüğü zorunlu görevler genellikle iki ay gibi kısa süreli görevlendirmelerdir. Bu sürenin tamamlanmasının ardından çalışanın işine dönmesinin beklendiği anlaşılmaktadır. Uzman hekimse mecburi hizmet süreci ile birlikte bir başka işe başlamakta, memur ya da sözleşmeli personel olarak kamu görevlisi statüsüne girmektedir. Uzmanlık eğitimin başladığı tarih itibarı ile ve hatta öncesinden bu durum, statünün koşulları bilinebilir durumdadır. Bu nedenle iki ay içinde işe geri dönülmesi mümkün olmadığından, iki aylık süre aşımına bağlı kılınan işveren feshinin gerçekleştiğinin kabulü ve bu duruma özgü hukuki sonuçların doğacağına kabulünün belki belirttiğimiz açıdan sorgulanması gerekmektedir. İşverenin iki aylık sürenin geçmesine rağmen aslında işverenin gerçekleştirdiği bir fesih işlemi bulunmamaktadır. Aksine işten ayrılma uzman hekim sıfatını kullanmak isteyen uzman hekim adayının yaptığı fesih işlemine dayanmaktadır. Konunun bu şekilde değerlendirilmesi halinde işten ayrılan işçi sıfatına sahip hekimin 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olan 14. madde koşullarının gerçekleşmemesine bağlı olarak kıdem tazminatı talep hakkına sahip olamayacağı kabul edilebilir.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir diğer hususun Yargıtay'ın iş sözleşmesinin işçi tarafından tek taraflı feshedildiği, istifa olgusuna yönelik oluşturduğu içtihadi birikim olduğu kanaatindeyiz. Yargıtay, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiğinin iddia edildiği durumlarda istifa olgusuna ihtiyatlı yaklaşmaktadır. Yargıtay'ın iş sözleşmesinin feshinin işçinin istifasına dayandırıldığı hallere ilişkin emsal kararları incelendiğinde, Yargıtay'ın salt istifa beyanına itibar etmediği, şekli olarak istifanın kabulü yerine istifaya götüren tüm sebeplerin birlikte değerlendirildiği anlaşılmaktadır³³. Bu yaklaşımındaki temel maksadın ise işçinin iş sözleşmesini sona erdirmeye yönündeki gerçek iradesini, niyetini ortaya çıkartmak olduğu görülmektedir. Buna göre, Yargıtay kararlarında³⁴; istifa

33 Devrim Ulucan, Seçkin Nazlı, "Karar İncelemesi :İşçinin İstifası, Sözleşmeli Personel Statüsü- ne Geçme, Kıdem ve İhbar Tazminatı", *Çalışma ve Toplum*, S.12, 2007/1, sa. 171-182, s.177.

34 Ulucan, Nazlı, s. 177 – 178'de yer alan Yargıtay kararları.

beyanın hangi şartlar altında gerçekleştiğinin saptanmasını aramakta ve işçinin gerçek iradesinin ortaya çıkmasına önem vermektedir³⁵. Kararlarda isabetli olarak; istifa beyanı, tek başına şeklen geçerli kabul edilmemiş, istifaya götüren diğer olgular birlikte değerlendirilmiş, işverenlerce işçiyi hak kaybına uğratmaya yönelik bir araç olarak kullanılmasına müsaade edilmemiştir. Gerçekten Yargıtay, istifanın değerlendirildiği kararlarında tarafların irade fesadına uğrayan beyanlarına değil fiili olgulara göre karar vermiştir. İstifanın birbirini doğrulayan tutarlı delillerle ortaya konulması arandığı gibi ortaya çıkan fiili durumun hayatın olağan akışına uygunluğu beklenmiştir³⁶. İncelediğimiz somut yargılamaya konu ihtilaftaysa davacının işten ayrılma gerekçesinin kanundan doğan bir çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesi maksadına dayalı olduğu dikkate alınmamıştır. Ayrıca davacının iş sözleşmesini kendi isteği ile kıdem tazminatına hak kazandırmayacak biçimde sona erdirdiğinin kabulü ile Yargıtay'ın emsal durumlara ilişkin içtihatları ile oluşturduğu birikime de aykırı yönde hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay'ın işçinin istifa şeklinde gerçekleşen tek taraflı iş sözleşmesini fesih iradesini genelde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshine tahvil eden yaklaşımı dikkate alındığında, somut durumun işçinin haklarını ortadan kaldıracı, içtihatlarla aykırı bir yorumla sonuçlandırılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Sonuç

Yargıtay ilamına konu ihtilafta davacının uzman hekim adayı olarak belirli bir süre bir vakıf üniversitesinde iş sözleşmesi ile çalıştığı, uzmanlık eğitimini tamamlamasının ardından zorunlu devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmek üzere üniversiteden ayrılması sonrasında kendisine ödenmeyen kıdem tazminatı alacağını talep ettiği anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesini vatanlık ödevi niteliğinde kabul edilen kanundan doğan bir çalışma ödevinin gereğini yerine getirmek üzere sona erdirdiği açıktır. Bu durumda davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanununun 31. maddesi birinci fıkrası hükmü uyarınca işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedildiği kabul edilmektedir. İş Kanununun 31. maddesinin açık hükmü mevcutken davacının iş sözleşmesinin kendi isteği ile sona erdirildiğinin kabulünün isabetli olmadığı

35 Bkz. Yarg. 9. HD., 2006/10098 E. 2006/21284 K. 18.07.2006 T.; Yarg. 9. HD., 2008/6328 E. 2008/31990 K. 24.11.2008 T.; Yarg. 9. HD., 2009/8046 E. 2011/9717 K. 01.04.2011 T.li emsal Yargıtay ilamları.

36 İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde esas alınan istifa dilekçesinin baskı ile alındığı ve bu nedenle iradenin sakatlandığı hususunun yeterli ve inandırıcı delillerle kanıtlanması gerektiği hususuna Yargıtay kararlarında açık biçimde değinilmiştir. Ayrıca ispat sürecinde iddia sahibi işçinin eğitim durumundan hareket edilerek imzaladığı istifa dilekçesinin mahiyeti ve doğuracağı sonuçları takdir ve tayin edebileceği hususlarının dahi dikkate alındığı tespit edilmektedir (Bkz. Yarg. 9. HD., 2013/1503 E. 2013/10619 K. 01.04.2013 T.li ilamı).

kanaatindeyiz. Zira kanundan doğan çalışma nedeniyle işinden ayrılan davacının iş sözleşmesinin kanundan doğan çalışma süresinin 31. maddedeki beklene olarak belirlenen iki aylık süreyi aşması durumunda işverence feshedildiğinin kabulü kanun hükmü gereğidir. Bu nedenle Yargıtay'ca davacının iş sözleşmesini kanunda kıdem tazminatına hak kazandıran sebepler arasında sayılmayan bir nedenle feshettiğinin kabulü isabetli olmamıştır. İş sözleşmesi İş Kanunu'nun 31. maddesi gereğince işverence feshedilmiş kabul edilen davacının işveren feshinin hukuki sonucu olarak konu hakkındaki öğretici görüşleri doğrultusunda kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerektiği kanaatindeyiz. İş Kanunu'nun 31. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için en az bir yıllık kıdeme sahip olması gerektiği kabul edilen işçiye, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için aranan bir yıllık kıdeme de sahip olduğu dikkate alınarak kanun gereği iş sözleşmesinin işverence feshine bağlı olarak kıdem tazminatı talep hakkı tanınmalıdır.

Yargıtay kararında davacının kıdem tazminatına hak kazanmadığı sonucuna varılmıştır. Yargıtay'ın davacının talebini red gerekçesi olarak kararında belirttiği iş sözleşmesinin kanunda kıdem tazminatına hak kazandıracak sebepler arasında sayılmayan bir sebeple sona ermiş olduğuna dair gerekçesine katılmıyoruz. Ancak davacının statüsüne bağlı olarak tabi tutulduğu yükümlülüğün niteliğine verilecek anlam çerçevesinde oluşturulabilecek bir görüş davacı talebinin reddi için hukuki gerekçe olarak ileri sürülebilir. Davacının tabi olduğu kanundan doğan çalışma ödevine özgü özellikler dikkate alınarak bu tip bir çalışma yükümlülüğünün 31. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, 31. madde kapsamında düzenleme konusu yapılan vatandaşlık ödevi niteliğindeki kanundan doğan çalışmaların ancak geçici nitelikte olabileceği, somut ihtilafta olduğu gibi farklı bir hukuki statüye tabi olma sonucu yaratan kanundan doğan çalışmaların 31. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönünde oluşturulacak görüş çerçevesinde davacının kıdem tazminatına hak kazanamayacağı sonucuna varılabilecektir. Yargıtay'ın kararı ancak somut uyuşmazlıktaki çalışmanın İş Kanunu 31. maddesi kapsamında bir kanundan doğan çalışma olmadığını gerekçelendirilmesi halinde isabetli kabul edilebilir. Aksi takdirde somut uyuşmazlıktaki gibi davacı emsali bir çalışanın kıdem tazminatı talep hakkının var olduğunun kabulü hem kanuni düzenlemelere hem de iş hukukunun koruyucu karakterine daha uygun düşecektir.

KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan, *Kıdem Tazminatı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- Akyiğit, Ercan, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, Cilt 1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Çenberci, Mustafa: *İş Kanunu Şerhi*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nursen / Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 29. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Ekonomi, Münir, *İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku*, İstanbul, 1976.
- Günay, Cevdet İlhan, *İş Kanunu Şerhi*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nursen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu, Mustafa, *4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*, Ayhan Yayıncılık, Ankara, 2005
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı*, Fakülte-ler Matbaası, İstanbul, 1973.
- Nazlı, Seçkin, *Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Şakar, Müjdat: *İş Kanunu Yorumu*, 4. Baskı, İstanbul, Yaklaşım Yayıncılık, 2009.
- Tuncay, A. Can / Savaş Kutsal, Burcu, *Toplu İş Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 2015.
- Ulucan, Devrim / Nazlı, Seçkin, “Karar İncelemesi: İşçinin İstifası, Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçme, Kıdem ve İhbar Tazminatı”, *Çalışma ve Toplum*, S.12, sa. 171-182, 2007/1.

Öz

Bu makalede kanundan doğan çalışma kıdem tazminatı ilişkisi ele alınmıştır. Söz konusu incelemede, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin (Esas No: 2014/22862, Karar No: 2015/34263, Tarih: 03.02.2015) kararı esas alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kanundan doğan çalışma, kıdem tazminatı, Yargıtay kararı.

“Dumb Starbucks” ve ABD Hukukunda Adil Kullanım Doktrini*

“Dumb Starbucks” and Fair Use Doctrine in USA Law

Ayşegül SEZGİN HUYSAL**

ABSTRACT

“Fair Use Doctrine” which shows the limits and restrictions to the rights of the copyright holder, was codified by Copyright Act of 1976. The term of “fair use” emerges during a period that positive law system acknowledged copyrights in a limited perspective and restrain or set criteria for the non- violation of copyrights with fair use. However along with the extension of copyrights upon development of positive law, those criteria commenced to form the limits of the copyrights. American Copyright Act, differs from EU and therefore Turkish legislation which set the limits of the copyrights in numerus clausus and on specific conditions. In this regard, the fair use doctrine is presumed to enable necessary flexibility to comply with the advancing technology. In this article; we will first examine the term and historical development of “fair use” (I), afterwards the the purpose of the doctrine (II) and the criteria which determines the violation of copyrights and fair use (III) and finally the potential influences of the fair use doctrine in legal systems that implement EU regulations will be evaluated..

Keywords: Fair sse, Fair use criteria, Copyright, Three-step test, Intellectual property rights.

Giriş

2014 yılında Los Angeles, Amerika Birleşik Devletleri’nde (“ABD”) bir kahve dükkânı açıldı: “*Dumb² Starbucks*”. Açılan bu dükkânın dünya çapında yaygın

* Makale gönderim tarihi: 02.06.2017. Makale kabul tarihi: 12.06.2017.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

1 <http://www.usatoday.com/story/news/nation-now/2014/02/10/dumb-starbucks-parody-free-coffee/5357597/>

2 “Ahmak” yahut “budala”.

kahve zinciri Starbucks'ın³ bir parodisi olduğu iddia edilmekteydi. Bir parodi olarak açıldığı iddia edilen "Dumb Starbucks" ta kullanılan görsellerin tamamı Starbucks tasarımından hiçbir değişiklik yapılmadan alınmıştı; logo, menü, kahve bardağı tasarımı... Bu dükkânın Starbucks kahve dükkânı zincirinden en önemli farkı kahve ve tatlıların hiçbir ücret alınmaksızın sunulmasıydı. Hiçbir işlevi olmamasına rağmen Starbucks'taki görüntünün tamamen aynısını yansıtmak amacıyla dükkânda bulunan kasaların her iki yanında yine Starbucks usulünce jazz müzik CD'leri "Dumb Nora Jones Duets" ve "Dumb Jazz Standarts" satılmaktaydı. Dükkân açıldıktan birkaç gün sonra Los Angeles Sağlık Bakanlığı tarafından kapatıldığı duyuruldu⁴.

Kısa süren bir macera olan "Dumb Starbucks"ın sağlık kaygılarıyla kapatılmasının sebebi fiilen bir kahve dükkânı olarak işletilmesine rağmen sanat galerisi olarak nitelendirilmesi ve içeride sunulan kahve ve diğer ürünlerin ise sanatçı Nathan Fielder tarafından üretilen sanat eserleri olmasıydı. Dumb Starbucks dükkânının web sitesinde yer alan sık sorulan sorulara verilen cevaplarda⁵, bu dükkânın hiçbir şekilde Starbucks şirketi ile bağlantısının bulunmadığı, "Starbucks" ismini ve logosunu sadece tanıtım, pazarlama amaçlı kullanıldığı ve bunun yasal olduğu belirtilmekteydi. Starbucks isminin ve diğer tüm öğelerin kullanılmasının "parodi" kapsamında hukuka uygun olduğu ifade edilmekteydi. Yapılan açıklamada, "dumb" kelimesinin kullanımı neticesinde Starbucks ile "dalga geçildiği" ve bu sayede markanın "adil kullanım" kapsamına girdiği iddia edilmekteydi. Yine "adil kullanım" çerçevesinde sağlanan yasal korumadan faydalanabilmek amacıyla dükkânın bir ticari işletme olarak değil sanat galerisi olarak nitelendirilmesi gerekiyordu.

Bir sanat galerisi olduğu iddia edilen "Dumb Starbucks" Sağlık Bakanlığı tarafından kapatılırken, Starbucks da bu konuya ilişkin herhangi bir hukuki yola başvurmadı. Ancak tüm kurgunun temelinde yatan hukuki kavram olan "adil kullanım" kavramı bu olaydan yola çıkılarak, sadece hukukçular arasında değil genel olarak tanınmasına tartışılmasına yol açtı.

Amerikan fikri haklar hukukuna dair önemli bir kuralı teşkil eden "adil kullanım" kavramı fikri haklara sınırlı sayıda ve şartlara bağlı olarak sınırlama getirebileceğini öngören Avrupa Birliği mevzuatından ve dolayısıyla Türk hukukun-

3 Bilindiği üzere Starbucks, dünya çapında yaklaşık 17.000 kahve dükkânı işleten 50'den fazla ülkede faaliyette olan uluslararası bir şirkettir. <http://globalassets.starbucks.com/assets/e7415de12a1b41ec2a23371e146f72dod.pdf>

4 <http://firemark.com/2014/03/21/episode-48-google-wins-some-loses-some-and-more/>; <http://www.nydailynews.com/entertainment/tv-movies/dumb-starbucks-shut-health-inspectors-article-1.1609947>

5 <http://imgur.com/gallery/LdGtW>

dan farklı bir doktrin olup, bu doktrinin gelişen teknolojilere ayak uydurabilmek amacıyla gereken esnekliği sağlayabileceği düşünülmektedir.

Bu incelemede öncelikle “adil kullanım” doktrininin kavramı, tarihçesi ve gelişimi (I), ardından bu doktrinin amacı (II) ve doktrin kapsamında fikri hak ihlallerinin ve adil kullanımın tespitinde kullanılan kriterler incelenecek (III), nihayet adil kullanım doktrininin AB hukuku ülkelerine muhtemel etkisi değerlendirilecektir.

I. Adil Kullanım Doktrininin Tarihçesi ve Gelişimi

Bilim ve sanata ABD'nin kuruluşundan itibaren verilen önem, yapılan hukuki düzenlemelere de yansımıştır. Amerikan Anayasasını hazırlayan kurucu heyet, bilim ve sanatın teşvik edilmesine verilen önemi, bu konuyu Anayasa'ya dahil ederek vurgulamışlardır⁶. Bu doğrultuda Amerikan Anayasası⁷ Kongre'ye bilim ve sanatın gelişiminin teşvik edilmesi için eser ve buluş sahiplerine sınırlı süreli bir tekel hakkı tanınması konusunda yetki verilmiştir. 1790 yılında Kongre ilk Telif Hakkı Kanununu çıkartarak eser hakkı sahiplerinin haklarını tanıma ve koruma yönünde ilk adımı atmıştır⁸. 1790 tarihli bu Telif Hakkı Kanunu, İngiltere'de 1710 tarihinde kabul edilmiş olan “Anne Kanunu” (*Statute of Anne*) model alınarak oluşturulmuştur⁹.

Telif hakkına ilişkin ilk düzenlemelerin yapılmasının kısa bir süre ardından mahkemelerce, telif hakkı ile korunan eserlerin bazı izinsiz kullanım hallerinin telif hakkının ihlali teşkil etmediği yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır¹⁰. Kararlarda telif hakkının mutlak bir hak olmadığı ve telif hakkına konu bazı kullanımların “adil” bulunduğu gerekçesi de yer almıştır.

Özellikle 1841 yılında *Folsom v. Marsh* davasında verilen karar, adil kullanım

6 Anna Claveria Brannan, “Fair Use Doctrine and the Digital Millenium Copyright Act: Does Fair Use exist on the Internet under the DMCA?”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 42, No. 1, 2001, , sa. 247-276, s. 246.

7 ABD Anayasası, m.1 § 8, bend. 8.

8 Brannan s. 247, dn. 2; Telif hakkı önceleri eyalet hukuklarında düzenlenmiş olup, ilk federal kanun1790'da kabul edilmiştir.

9 Anthony Davis Jr, “Fair Use: Articulating the Liberal Approach”, *Libraries and the Academy*, Vol. 12, No. 2, 2012, sa. 122-137, s. 124; Özge Öncü, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 75; Öncü, her ne kadar tarihçeleri çakışsa da Amerikan ve İngiliz hukukları arasındaki sistem farkının “İngiliz hukukundaki dürüst kullanım ilkesi, Amerikan hukuku ile karşılaştırılabilir nitelikte genel bir hüküm getirmemekte ve mahkemelere, Kanun koyucu tarafından açıkça anılan yararlanma faaliyetleri ötesinde, bir sınırlandırma meydana getirme hususunda neredeyse hiç oynama alanı bırakmamaktadır. İngiliz hukukunda dürüst kullanım ilkesi, sadece CDPA'da açıkça anılan yararlanma faaliyetleri kapsamında bir fonksiyona sahip olmaktadır.”

10 Pierre N. Leval, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, Westlaw 103 HVLR, Mart 1990, s. 1105.

doktrininin mihenk taşıdır. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1831 tarihli tadil edilmiş Telif Kanunu uyarınca, ihtilaf konusu kitaba ilişkin telif hakkının kapsamını basmak, tekrar basmak, yayımlamak ve satmak oluşturmaktadır ve bu kapsam oldukça dar yorumlandığından bir kitabın kısaltılarak yayınlanması telif hakkının ihlali sayılmamaktadır¹¹. Aynı şekilde bir romanın dramatize edilerek tiyatroya uyarlanması, tercümesi ve diğer türev eserlere dönüştürülmesi de ihlal oluşturmamaktadır¹².

O dönemde telif hakkının sınırını yürürlükteki kanun metninin lafzı belirlemekteydi. Ancak 1841 yılına gelindiğinde telif hakkı kapsamının İngiliz hukukuna dayanan bu sınırlandırıcı yorumu *Folsom v. Marsh* davası yargıcı Story tarafından temellendirilen "adil kullanım" doktrini ile aşılacak üzereydi.

Folsom v. Marsh davasında davalı, davacının 12 ciltten oluşan George Washington biyografisini kullanarak iki ciltlik bir biyografi hazırlamıştır. Yargıç Story, telif hakkı ile korunan bir kitabın başka bir yazar tarafından kısaltılmasının telif hakkının ihlali teşkil etmediği, zira bu kısaltma ile oluşturulan kitabın başka bir eser olduğu yönünde karar vermiştir¹³. Yargıç Story kararında izinsiz bir kullanımın adil kullanım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yönünde verilecek kararda dikkate alınması gereken kriterleri de belirtmiştir. Folsom ölçütleri olarak adlandırılan bu kriterler şunlardır¹⁴; (i) eserin niteliği ve konusu, (ii) kullanılan unsurların değeri ve miktarı, (iii) kullanımın eserin ekonomik değeri üzerindeki etkisi ve (iv) ilk kullanımın amacını aşip aşmadığı.

Yargıç Story'nin bir eserin kısaltılmasının o eser üzerindeki telif hakkının ihlali teşkil etmemesi için dikkate alınması gereken etkenleri sıralaması, kararın verildiği dönemde kabul edilmiş olan "kısaltma doktrininin" diğer bir deyişle bir eserin kısaltılmasının başka bir eser oluşturması sebebiyle ihlal teşkil etmeyeceği görüşüne karşı bir görüş ortaya koymuştur. Folsom kararında, korunan hakka konu eserin temelini ek bir çaba gösterilmeden alınması ile bir eserin başka bir eserde karşılaştırma yapmak gibi makul ve adil bir eleştiri amacıyla kullanılması arasında fark olduğu belirtilmiştir¹⁵. Her ne kadar Folsom davasında ortaya konulan bu ilk muhalif duruş "kısaltma doktrini" nin ortadan kaldırılmasına yeterli olmamış ve daha sonra verilen kararlarda ve Telif Kanunu'nun 1870 ve 1909 yıllarında yapılan

11 Leval, s. 1105.

12 Leval, s. 1105.

13 L. Ray Patterson, "Understanding Fair use", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 55 No. 2, Spring 1992, sa. 249-266, s. 255.

14 Leval, s.1005; Patterson, s. 256.

15 Matthew Sag, "Prehistory of Fair Use", *Brooklyn Law Review*, Vol. 76:4, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1663366>, s. 8.

değişikliklerinde dikkate alınmasa da¹⁶, Yargıç Story tarafından ortaya konulan bu ölçütler 1976 tarihli Telif Kanunu'nun temelini teşkil etmektedir. İlginç olan günümüz Amerikan hukukunda telif hakkı sahibinin haklarının sınırlarını gösteren adil kullanım doktrinin yukarıda da belirtildiği üzere, Folsom kararının verildiği dönem için telif hakkının genişlemesine yol açan bir görüş olarak karşımıza çıkmış olmasıdır¹⁷. Bu görüş uyarınca pozitif hukuk, telif hakkı sahiplerine bir tekel hakkı vererek ancak doğal hukuk çerçevesinde eser sahibinin sahip olduğu mülkiyet hakkını temin etmektedir¹⁸. Günümüzde telif hakkı sahibinin bu hakkının sınırlarını teşkil ettiği kabul edilen “adil kullanım doktrini” 1976 tarihli Telif Hakları Kanunu ile Amerikan hukukunda pozitif temele oturmuştur. Ancak adil kullanım doktrininin telif hakkı sahibinin doğal hukuka dayanan mülkiyet hakkının yansıması olmaktan çıkıp bu hakkın bir sınırını teşkil etmesindeki sebep, telif hakkının pozitif hukuktaki kapsamının değişmiş olmasıdır. Pozitif hukukun telif hakkını sınırlı şekilde tanıdığı dönemde ortaya çıkan adil kullanım kavramı, ihlal sayılmayacak halleri “adil” olma ile sınırlar ve ölçütler koyarken; pozitif hukuk ile telif hakkının genişlediği dönemde, bu ölçütler hakkın sınırını teşkil etmeye başlamıştır¹⁹.

II. Adil Kullanım Doktrinin Amacı

ABD hukuku uyarınca, telif hakkı sahibi eser üzerinde türetme, icra etme/sergileme, dağıtma ve türev eserler yaratma haklarına münhasıran sahiptir. Adil kullanım ise bu münhasır hakkın sınırınıdır. Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107, adil kullanımı tanımlar ve “dört kriter testi” olarak adlandırılan kriterleri ortaya koyar. Bu kriterler aslında daha önce de belirtildiği üzere Folsom v. Marsh kararında Yargıç Story tarafından ifade edilmiştir²⁰;

*“Kısaca, bakmamız gereken (...) yapılan tercihlerin niteliği ve konusu, miktarı ve kullanılan materyallerin değeri ve kullanımın ölçüde satışı etlileyip etkilemeyeceği, kârı azaltıp azaltmayacağı veya orijinal eserin amaçlarını ikame edip etmeyeceğidir.”*²¹

Yargıç Story'nin kararıyla birlikte adil kullanım doktrini içtihat hukukunda tartışılıp, kararlara dayanak teşkil etmiş olsa da bu kriterlerin kanunlaştırılması Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107 ile gerçekleşir.

16 Patterson, s. 257.

17 Sag, s. 8; Patterson, s. 257.

18 Patterson, s. 257.

19 Patterson, s. 257 vd.

20 Reese R. Anthony, “The Story of Folsom and Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Sources”, *Intellectual Property Stories* (ed. Ginsburg Jane C, Dreyfuss Rachele Couper), New York, 2006, s. 259.

21 Folsom v. Marsh, 9F. CAs. 3428c.c.d. mass.1841 (No. 4901), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238>, (erişim tarihi, 15.05.2017)

Telif Hakları Kanunu (1976) §107 üç kısımdan oluşmaktadır; hüküm öncelikle adil kullanımın telif hakkının bir istisnası olduğunu düzenler, ardından adil kullanımın hangi kriterlere göre belirleneceğini ortaya koyar ve nihayet 1992'de eklenen son cümle ile de bir eserin yayınlanmamış olmasının bir kullanımın adil kullanım olarak nitelendirilmesini engellemeyeceğini düzenler²².

Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107 ile tespit edilen kriterler şunlardır;

1. Kullanımın amacı ve yapısı; ticari bir nitelik taşıması yahut eğitim gibi kâr amacı gütmeyen bir faaliyet için olması,
2. Kullanılan eserin niteliği,
3. Kullanılan kısmın miktarı ve bu kısmın fikri hakka konu eserin tamamına oranla önemi,
4. Kullanımın telif hakkına konu eserin potansiyel pazarı veya değeri üzerindeki etkisi.

Eserin yayınlanmamış olması ise diğer kriterlerin bulunması halinde tek başına adil kullanımın tespitini engellemeyecektir.

Bu kriterler adil kullanım koşullarının gerçekleşmesi halinde üçüncü kişilerin eser sahibinin onayı olmaksızın, eseri kullanabilmelerini mümkün kılar ve mahkemeler, telif hakkına konu eserin üçüncü kişiler tarafından kullanımının ihlal teşkil edip etmediğine karar verirken bu dört kriteri dikkate almaktadırlar. Telif hakkının sınırını teşkil eden adil kullanım, telif hakkı ile tanınan tekel hakkı ile çelişen, yarışan bir amaca değil tam tersine aynı amaca hizmet eder. ABD hukukunda içtihatlarda telif hakkı, eser sahiplerinin eserleri üzerinde sahip oldukları mutlak ve doğal bir mülkiyet hakkı olarak değil; toplumun entelektüel zenginleşmesi için sanattaki gelişmeyi ve sanatsal faaliyeti teşvik etmek amacıyla tasarlanmış bir haktır²³.

Adil kullanım doktrini de, her ne kadar telif hakkının sınırını teşkil etse de, telif hakkı ile aynı amaca hizmet eder. Telif hakkının sınırını teşkil edecek adil kullanımın da telif hakkı gibi üretici düşüncüyü teşvik eden; ancak yaratıcılığı sınırlamayan bir nitelikte olması gerekir. Özellikle entelektüel yaratıcı faaliyetin sıfırdan oluşmadığı dikkate alındığında adil kullanımın önemi anlaşılır; her dü-

22 Beebe Barton, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 156, No. 3, Ocak 2008, sa. 549-624, s. 558.

23 Leval, s. 1107-1109. Eser üzerindeki fikri hakka ilişkin bu tanım Yüksek Mahkeme tarafından birçok kararda aynı şekilde tekrarlanmıştır: *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975); *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954); *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 (1932). Aynı doğrultuda İngiliz hukukunda telif hakkını düzenleyen 1709 tarihli *Ann Kanunu*'nda (*Statute Ann*) düzenlemenin amacı "Eğitilmiş erkeklerin (kişilerin) besteler ve faydalı kitaplar yazmalarının cesaretlendirilmesi" olarak ifade edilmiştir "

şünce, önceki düşünürlerin koydukları tuğlaların üzerine konulur²⁴.

Bir kullanımın adil olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan dört kriterin amacı da bu kullanımın fikri mülkiyet hukukunun amaçlarına uygun olup olmadığının saptanmasıdır.

III. Adil Kullanım Kriterleri

Amerikan hukukunda, telif hakkına konu bir eserin üçüncü kişiler tarafından kullanımının, telif hakkının ihlal edip etmediği, diğer bir deyişle kullanımın adil olup olmadığı, kullanımın Telif Hakları Kanunu (1976) §107'de yer alan kriterler çerçevesinde nitelendirilmesi ile tespit edilir. Kanun hükmü, adil kullanımı tanımlamamış kriterler çerçevesinde mahkemeleri her bir somut olay çerçevesinde değerlendirme yapmaya serbest bırakmıştır²⁵. Kanunda yer alan kriterler de kullanımın niteliğini somut bir şekilde yüzdeler ile belirleyebilecek nitelikte -kantitatif bir yapıda- değildir²⁶; daha ziyade kullanımı her yönden değerlendirip, kullanımın telif hakkının amacına hizmet edip etmediği hatta ne ölçüde bu amaca uygun olduğunu tahlil etmeye yöneliktir²⁷. Her ne kadar teoride bu kriterlerin sınırlı sayıda, hatta emredici olmadığı kabul edilse de Amerikan mahkemeleri neredeyse tüm adil kullanım savunmalarını bu dört kriter üzerinde değerlendirmektedir²⁸. Ancak mahkemeler bu değerlendirmeyi yaparken, kendilerine tanınan esneklik çerçevesinde çeşitli alt kriterler ekleyebilecekleri gibi bazı kriterleri diğerlerinden daha çok dikkate de alabilmektedirler²⁹. Gerek teorik olarak dört kriterin kullanımında gerekse de bu kriterlerin değerlendirilmesinde tanınan esneklik çeşitli mahkeme kararlarında vurgulanmakta ve hatta "*kriterlerin mekanik olarak karar verilmesini sağlayan bir algoritma yaratmadığı*" ifade edilmektedir³⁰. Mahkemelere tanınan bu esneklik, yeni teknolojilere ayak

24 Leval, s. 1109.

25 Lesley Ellen Harris, Weighing the Four Fair Use Factors, *Information Outlook*, vol. 10, n.12, 2006, sa. 40-41, s. 40.

26 Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, University of California, Berkeley, School of Law, An Empirical Analysis of Learning-Promoting Fair Use Case Law ("Samuelson Raporu"), Mayıs 2009, https://wiki.creativecommons.org/images/4/4b/Samuelson_fair_use_study_.pdf. (erişim tarihi, 15.05.2017), s.7; Telif hakkına konu eserin eğitim amaçlı kullanılmasının özellikle bir eserin sınıfta eğitim amaçlı çoğaltılmasının genel kabul gören bir istisna olduğuna dair bkz. Princeton University Press v. Michigan Document Services 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/99_F3d_1381.htm. (erişim tarihi, 15.5.2017).

27 Lavel, s. 1110; Samuelson Raporu, s. 8; Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005,

28 Samuelson Raporu, s. 8.

29 Samuelson Raporu, s. 8.

30 Chicago Bd. of Educ. v. Substance Inc., 354 F. 3d 624, 629 (7th Cir. 2003) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5119>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

uydurmaya hizmet etse de kriterlerin yorumunda birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir³¹.

Bu kriterlerin yanında kanun hükmü altı kullanım şeklinin adil kullanım çerçevesinde telif hakkının ihlali teşkil etmeyeceğini örnek olarak saymıştır; eleştiri, yorum, öğretim, bilimsel araştırma ve (diğer) araştırmalar... §107'de verilen bu örnekler de sınırlı sayıda olmayıp dört kriter değerlendirmesinin davalı lehine sonuç verdiği hallerde telif hakkına konu eserin kullanımının adil kullanım olarak değerlendirileceği durumları örnekler³².

A. Kullanımın Amacı ve Niteliği

Bir eserin üçüncü kişi tarafından kullanımının amacı, bu kullanımın bir ihlal mi yoksa adil kullanım mı olduğunun tespiti açısından son derece önemlidir. Kullanımın adil kullanım olduğuna karara verilebilmesi için, bu kullanımın fikri mülkiyet hukukunun amacına hizmet edip etmediği ve toplumsal aydınlanma için yaratıcılığı teşvik edip etmediği incelenmelidir. Burada amacın sadece uygunluğu değil, kullanımın amacı ne ölçüde desteklediği de incelenmelidir.

Adil kullanım doktrininin tarihçesine bakıldığında, bu ilk kriterin "kısaltma eserlerle" birlikte ortaya çıktığı görülmektedir. Gyles v. Wilcox³³ davasında, bir eserin sadece kısaltılması ve renklendirilmesinin muhakkak ki, ihlal teşkil edeceği belirtilmiştir. Ancak bir ikincil kullanımın kısaltma olması, bu kullanımın doğrudan ihlal teşkil edeceği anlamına gelmeyecektir. Telif hakkına konu eserin kullanımının ilk eseri değiştirici veya yaratıcı niteliği de birçok mahkeme tarafından dikkate alınmıştır; orijinal esere yenilik getiren, yeni bir mesaj, anlam yahut ifade sunan eserler bu anlamda yaratıcı kabul edilmiştir³⁴.

İkincil kullanım olarak da adlandırılan "eserin üçüncü kişi tarafından kullanımı" orijinal eserin amacından farklı olmalı, eserin kullanılan kısmını farklı bir şekilde kullanmalıdır. Orijinal eserin bir kısmının yeniden düzenlenerek sunulması, şüphesiz ki bu kriteri geçemeyecektir. İkincil kullanımın, orijinal eserdeki ham unsurları alarak bunları yeni bir bilgiye, bakışa, görünümüne çevirmesi halinde bu kullanım adil kullanım olarak değerlendirilebilecektir. Zira adil kullanım doktrininin amacı yaratıcı ikincil kullanıma izin vererek toplumsal entelektüel gelişimi desteklemektir. Ancak bir yaratıcı faaliyetin bulunması tek başına ikin-

31 Harris, s. 40.

32 Holger Postel, "The Fair Use Doctrine in the U. S. American Copyright Act And Similar Regulations In The German Law", *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 2006, sa. 142-157, s. 145.

33 Gyles v. Wilcox, 2 ATK 141 (1470), (<http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1740/78.pdf>).

34 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html> (erişim tarihi 15.5.2017), s. 579.

cil kullanımı adil kalmaz. İkincil kullanımın korunabilmesi için bu iddianın, orijinal eser sahibinin haklarından daha çok korunmasını gerektirecek ölçüde güçlü olması gerekir. Bu çerçevede özellikle orijinal eserin eleştirileri, orijinal eserin yazarının karakterini tespitiye yönelik çalışmalar, bir fikri desteklemek yahut karışık çıkmak için özetlemek adil kullanım sayılacaktır.

Bir eserin eleştirisi, yorum, öğretim, bilimsel yahut diğer araştırmalar yapılması amacıyla kullanılması halinde bu kullanımın lehine bir durum teşkil edecektir. Eserin ticari bir amaçla kullanılması ise aleyhe olmakla beraber tek belirleyici unsur teşkil etmeyecektir³⁵.

B. Kullanılan ve Fikri Hakka Konu Eserin Niteliği

Mahkeme kararlarına bakıldığında telif hakkına konu eserin niteliğinin özellikle iki başlık altında incelendiği görülmektedir; yayınlanmış olup olmadığı ve eserin orijinalliği³⁶.

1. Eserin Yayınlanmamış Olmasının Adil Kullanım Savunmasının Kabulüne Etkisi

Eserin yayınlanıp yayınlanmadığının esere konu hakka tanınan fikri hakka karşı adil kullanım savunmasına etkisi Amerikan mahkemelerinin üç temel kararında şekillenmiştir; *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*³⁷, *Salinger v. Random House, Inc*³⁸ ve *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc*³⁹.

Harper & Row, Inc. v. Nation Enterprises kararında Yüksek Mahkeme, yayınlanmamış esere adil kullanım savunmasının daha dar algılanması gerektiğine

35 Samuelson Raporu, s.10; Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html> (erişim tarihi 15.5.2017), Roy Orbison'ın 1964 tarihli rock baladı "Oh, Pretty Woman" adlı eserin hip-hop grubu 2 Live Crew tarafından kullanılması, kullanımın ticari olması ve baladın "kalbinin" bir parodi olarak ele alınan ikincil kullanımda da ana unsur teşkil etmesi gerekçeleriyle 6. Daire tarafından adil kullanım olarak değerlendirilmemiş, kararın davacılarca temyiz edilmesi üzerine konu Yüksek Mahkeme'de tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme ise 6.Daire'nin kararını bir kullanımın ticari olmasının kullanımın amacının ve niteliğinin tespitinde kullanılan kriterlerden sadece biri olduğu ve bir parodi yapılabilmesi için eserin unsurlarından faydalanarak ilk eseri yorumlayan yeni bir eser yaratmasının zorunlu olduğu gerekçeleriyle bozmuştur. Roy Orbison, "Oh, Pretty Woman" için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=_PLqO_7k1jk; 2live Crew, "Pretty Woman" için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=65GQ70Rf_8Y.

36 Leval, s. 1116.

37 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 551 (1985), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

38 Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/811_F2d_90.htm, (erişim tarihi, 15.5.2017).

39 New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc., 873 F.2d 576 (1989), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5173>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

karar verirken, *Salinger v. Random House, Inc.*, davasında karar veren 2. Daire yayınlanmamış eserlerin normal olarak ihlale karşı tam korumadan yararlanması gerektiğini ifade etmiştir. *Salinger* kararında Mahkeme, gerekçesini iki hakka dayandırmıştır; hak sahibinin "ilk yayın ve mahremiyet hakkı"⁴⁰. *New Era Publications International v. Henry Holt & Co.*, davasında ise yine 2. Daire, adil kullanım doktrinin yayınlanmamış bir eserin neredeyse her türlü ikincil kullanımını engellediğini ifade etmiştir⁴¹.

Verilen bu kararların ardından her ne kadar bir eserin yayınlanmamış olmasının mahkemelerce telif hakkı sahibi lehine dikkate alınacağı kabul edilse de⁴², Amerikan Kongresi bu durumun yayınlanmamış eserlerin ihlali iddiası karşısında adil kullanım savunmasının yapılamayacağı anlamına gelmemesini temin etmek amacıyla 1992 yılında Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107 maddesinde değişiklik yaparak bu ifadeyi kanun metnine eklemiştir. Kongre bu değişikliği yaparak kararlarda yapılan gerekçelendirme neticesinde bir eserin yayınlanmamış olmasının adil kullanım savunmasına karşı "*per se*" engel teşkil etmesini engellemek istemiştir⁴³.

2. Eserin Yaratıcı Bir Çalışmanın Ürünü Olup Olmaması

Bir eserin yaratıcı çalışmanın ürünü olup⁴⁴ olmaması da adil kullanım savunmasının değerlendirilmesinde dikkate alınır⁴⁵; orijinal bir şiir yahut hikâye, tıbbi vakalara dayanan bir derlemeye nazaran daha çok korunur⁴⁶. Bu kriter çerçevesinde kurgu ve fantezi eserlerin üçüncü kişilerce kullanımının adil kullanım kabul edilmesi daha zor olacaktır⁴⁷.

N.Y. Times Co v. Roxbury Data Interface davasında ihlal edildiği iddia edilen eserin yaratıcı bir nitelikten ziyade derleme olduğu; orijinallik veya yaratıcılık ye-

40 Crews Kenneth D., "Unpublished Manuscripts and the Right of Fair Use": *Copyright Law and the Strategic Management of Information Resources*, Rare Books & Manuscripts Librarianship, Volume 5, No.2 1990, s. 61-70, s. 63; Yayınlanmış eserlerde telif hakkı belli bir süre sonra sona ererken, yayınlanmamış eserler için süre başlamamaktadır.

41 Yayınlanmamış bir eserden (Bare-Faced Messiah) uzun alıntılar yapan bir kitabı basan Danimarkalı yayıncı şirkete karşı telif hakkının ihlalinin tartışıldığı *New Era v. Holt* davasında, 2. Daire kararından önce, Hakim Pierre Leval ihtiyati tedbir kararını yapılan uzun atfın zararın fikrinin belirlemek için gerekli olduğu gerekçesi ile adil kullanım olduğunu kabul ederek reddetmiştir.

42 Peggy Tahir, Four Factors of Fair Use – The Second Factor: The Nature of the Copyrighted Work, <https://blogs.library.ucsf.edu/inplainsight/2017/02/22/four-factors-of-fair-use-the-second-factor-the-nature-of-the-copyrighted-work/>, (erişim tarihi, 15.5.2017); Beebe, s. 549.

43 Goldstein Paul, *Goldstein on Copyright*, Vol. I, New York 2017, s. 12:52.

44 *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc.*, 873 F.2d 576 (1989).

45 *Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. Cal. 1997), <https://www.ravellaw.com/opinions/5bc9f12de34b3681a7699106eaf945ae>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

46 Peggy Tahir, Four Factors of Fair Use – The Second Factor: The Nature of the Copyrighted Work, <https://blogs.library.ucsf.edu/inplainsight/2017/02/22/four-factors-of-fair-use-the-second-factor-the-nature-of-the-copyrighted-work/>, (erişim tarihi, 15.5.2017); Goldstein, s. 12:46-47.

47 Beebe, s. 611.

rine düzenli ve özenli bir çalışma ürünü olması sebebiyle davalının kullanımının adil kullanım teşkil ettiğine karar verilmiştir. Karara konu olayda, The New York Times gazetesinin yayınından sorumlu olan davalı N.Y. Times Co, yıllık olarak The New York Times indeksini de yayınlamaktadır. İndeks gazetesinin sayfa ve sütunlarına atıf yaparak verileri düzenlenmesini sağlamaktadır. Davalı Roxbury Data Interface ise gazetede isimleri geçmiş kişilere ilişkin bir indeksi davacının eserindeki sayfalara atıf yapılması suretiyle hazırlamıştır. İhtilaf, davacının endeksindeki isim ve verilerin davalı tarafından kullanımının adil kullanım teşkil edip etmediği hususundadır. Bu kullanımının adil olduğu kararı veren mahkeme, kullanımın kazanç amaçlı olmasına rağmen, davalıların çabasının araştırmacıları önemli ölçüde zaman harcamaktan kurtaracak olması sebebiyle kamu menfaatine olması üzerinde durmuştur. Mahkeme ayrıca ikinci kriter bakımından da indeksin yaratıcı bir çalışmadan ziyade veri toplama niteliğinde olması ve davalıların indeksi olduğu şekliyle kopyalamayarak isimleri seçerek onlara ilişkin bilgileri derlemesi gerekçelerine de dayanmıştır. Nihayet davalının “kişisel isim indeksi” çalışmasının davacının pazarında yaratacağı etkinin hafif olacağına da karar vermiştir.

Eserin hem yaratıcı olması hem de vaka derleme niteliği taşıması halinde ise mahkeme, ikinci kriterin karar vermeye etkili olamayacağına hükmetmiş ve değerlendirmesini diğer kriterleri esas alarak yapmıştır⁴⁸.

C. Kullanılan Kısımın Miktarı ve Önemi

İkinci kriter fikri hakka konu eserin bir bütünü ile mukayese edildiğinde kullanılan kısmın miktarı ve öneminin değerlendirilmesini gerektirir. Bu değerlendirme yapılırken hem eserin hem de kullanımın niteliği olduğu kadar niceliğinin de dikkate alınmalıdır. Mahkeme kararlarına bakıldığında diğer adil kullanım kriterleri arasında üçüncü kriterin en iyi anlaşılabilir ve yeknesak uygulamaya kavuşmuş kriter olduğu görülür⁴⁹. Ancak üçüncü kişinin fikri hakka konu eserin tamamını almış olmaları halinde dahi adil kullanım olduğu sonucuna varılması mümkündür, yeter ki eser yeniden üretilmiş olsun; bir eserin neredeyse sadece yeniden ambalajlanarak sunulmasını adil kullanım saymak zordur⁵⁰. Fikri hakka konu eserin üçüncü kişi tarafından kullanımının ne kadar değiştirilerek kullanıldığı kullanımın aşırı olup olmadığı konusundaki değerlendirmeye de etki edecektir⁵¹. Kullanım, değişik bir amaç yahut karakter ile kullanılan esere yeni

48 Goldstein, 12:52, Marcus v. Rowley, 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983).

49 Beebe, s. 615.

50 Infinity Broadcasting Corp. v. Kirkwood, 63 F. Supp. 2d 420 (S.D.N.Y. 1999), <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/63/420/2456581/>; Beebe, s. 218; Brown Richard, From The University Presses-The Code of Best Practices in Fair Use for Academic and Research Libraries Against the Grain, 2012 Vol. 24: Iss. 4, Madde 35, s.73-75, s. 74; Goldstein, s.12-55.

51 Sheldon W Halpern/Craig Allen Nard/Kenneeth L. Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Cambridge 2007, s. 127.

bir şey katıyorsa ve bu eseri yeni bir ifade, anlam veya mesaj ile değiştiriyorsa dönüştürücü nitelikte kabul edilecektir⁵². Bu konu kararlarda daha ziyade parodi niteliğindeki kullanımlarda tartışılmıştır⁵³.

D. Kullanımın Telif Hakkına Konu Eserin Potansiyel Pazarı Veya Değeri Üzerindeki Etkisi

Dördüncü kriter, üçünü kişi tarafından ihlal olduğu iddia edilen kullanımın fikri hakka konu eserin değeri veya pazarı üzerindeki etkisidir. 1985 tarihli Harper&Row v. Nation Enterprises davasında⁵⁴ ABD eski Başkanı Gerald Ford, davacı Harper & Row Publishers'a anılarını yayınlama hakkını devretmiştir. Time gazetesi de davacıdan bu yayınlamamış anılardan oluşan bir yayın dizisi yapma hakkını münhasıran devralmıştır. Time yayın dizisine başlamadan önce, davalı Nation dergisinin yayıncısı olan Nation Enterprises, henüz yayınlanmamış olan bu anıların bir nüshasını yetkisiz olarak ele geçirmiş ve 300-400 kelimesi tamamen alıntı olarak alınmış olan, 2.250 kelimelik bir makale yayınlamıştır. Time dergisi, Harper&Row ile olan sözleşmesini feshetmiş, bunun üzerine Harper&Row da Nation'a karşı telif hakkını ihlal sebebiyle dava açmıştır. Davanın temel konusu, Nation'ın yayınlanmamış anılarını kullanımının adil kullanım teşkil edip etmediği üzerinde yoğunlaşmış ve mahkeme bu kullanımın adil olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararı verirken eserin yayınlamamış olmasının kesin olmasa da adil kullanım savunmasının bertaraf edilmesinde belirleyici bir etken olduğunu belirtmiştir. Buna ek olarak Mahkeme, kullanılan kısımların "eserin kalbi" niteliğinde olduğunu ve nitelik olarak önemli bulunduğuna da değinmiştir. Bütün bu ifade edilen gerekçeler rağmen, davalının kullanımının fikri hakka konu eserin potansiyel pazarı üzerindeki etkisinin "yegâne önemli unsuru" olduğu ifade edilmiş ve davalının kullanımı ile pazar payı için rekabete girmiş olması ise "fiili zararın apaçık bir ispatı" olarak görülmüştür. Yüksek Mahkeme, dört kriterin yorumlanmasında dördüncü kriterin belirleyici olduğunu ifade ederek adil kullanımın belirlenmesinde kullanılan kriterlere eşit önem verilmeyeceği konusundaki tartışmaları alevlendirmiştir⁵⁵.

52 Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses ("Unbundling"), UC Berkeley Recent Work, <http://escholarship.org/uc/item/55c5kp2>, (erişim tarihi, 15.5.2017), s. 10; Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., s. 579-580, kararda mahkeme dönüştürücü olmanın sadece davalının kullanımının değerlendirilmesinde değil, amacında, kullanılan miktarın uygunluğunun tespitinde ve işin niteliğinin belirlenmesinde de önemli olacağını belirtmiştir. Kararın özeti için bkz. yukarıda dn. 35.

53 Sheldon, Nard, Port, s. 127; Goldstein 12.57-58.

54 510 U.S.539 (1985), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/471_US_539.htm.

55 Harris, s. 40; Sheldon, Nard, Port, s.128; Goldstein, s.12:58; Campbell v. Acuff Rose Music Inc. kararında ise tüm kriterlerin fikri hakka sağlanan korumanın amacı dikkate alınarak tüm kriterlerin birlikte değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilerek, bir kriterin öncelikli yahut ağırlıklı olarak karara etki etmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Ancak yine de Campbell'dan sonra verilen kararların %26.5'i dördüncü kriterin en önemli kriter olduğunu ifade etmiştir. Beebe, s. 617 (verilen yüzde araştırmanın yapıldığı 1978-2005 yılları arası verilen kararlara ilişkindir.

Burada etkilenip etkilenmediği değerlendirilen pazar, davacının halihazırda var olan pazarı ile sınırlı olmayıp eserin kendisinin ve türevlerinin potansiyel pazarları da dikkate alınır⁵⁶. Bu kriterin eserin türevleri bakımından potansiyel pazarları da dikkate alınarak yorumlanmasında eser sahibinin eseri bir ücret karşılığında kullandırma ihtimali çoğunlukla gündeme gelebileceğinden ihtilaf konusu kullanım hiçbir zaman adil görülmeyecektir⁵⁷. Mahkemeler dördüncü kriterin bu şekilde yorumlanmasına müsaade etmemiş ve *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.* davasında, potansiyel zararını kullanımdan elde edeceği lisans geliri olarak gösteren davacının iddialarına karşı, tüm kriterler değerlendirmesi bakımından adil kullanım teşkil eden bir kullanımdan lisans hakkının doğmayacağı ve zararın ispatlanmadığı sonucuna varmıştır⁵⁸.

İhlal teşkil ettiği iddia edilen eser, fikri hakka konu eser ile rekabet halindeyse mahkeme kolayca dördüncü kriter bakımından davacı lehine değerlendirme yapabilecektir⁵⁹. Bir eleştiri yahut parodinin esere olan talebi düşürmesi ise eserin olağan pazarını etkilemesi olarak görülmeyip, eser sahibinin katlanması gereken bir eleştiri niteliğinde kabul edilmiştir⁶⁰.

Sonuç

ABD’de telif hakkına konu eserin üçüncü kişiler tarafından kullanımının ihlal teşkil edip etmediği ve böylece telif hakkının sınırları adil kullanım doktrini çerçevesinde belirlenirken, uluslararası alanda TRIPS (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) üye ülkelerin fikri hakların üye ülkelere ne şartlarda sınırlandırılabilmesine ve istisna tanınabilmesine ilişkin ilkeyi m. 13 ile tespit etmiştir. TRIPS m. 13 uyarınca; üyeler, eserin olağan kullanımına ters düşmeyen ve hak sahibinin meşru yararlarına haksız şekilde zarar vermeyen bazı özel durumlarda inhisari haklara sınırlamalarıyla da istisnalar öngörecektir. Bu hüküm üye ülkelerin fikri haklara getirecekleri sınır bakımından “üç-adım testi” (“three-step test”) olarak adlandırılan kriterleri uygulamasını gerektirir.

Üç adım testi ilk olarak çoğaltma hakkının sınırlandırılması amacıyla Bern

56 Sheldon, Nard, Port, s.128; Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., s. 568, kararın özeti için bkz. yukarıda dn.54.

57 Sheldon, Nard, Port, s.128.

58 *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998), <http://ncac.org/resource/leibovitz-v-paramount-pictures-corp>; Kararda ünlü fotoğrafçı Leibovitz’in çektiği hamile ve çıplak Debbie Moore fotoğrafının “Çıplak Silah 33 1/3” filminin afişinde Leslie Nielson’un yüzünün monte ederek kullanımın ihlal teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Kararın ekonomik analizi için bkz. Matthew A. Eisenstein, “An Economic Analysis of the Fair Use Defense Lebovitz v. Paramount Pictures Corporation”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.148, s. 889-930.

59 Goldstein, s. 12:59.

60 Sheldon, Nard, Port, s.128; *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*

Sözleşmesi m. 9.2 ile kabul edilmiş, daha sonra TRIPS m. 13 ile tüm fikri hakların sınırlandırılması ve bu haklara istisnaların tanınmasına ilişkin bir ilkeye dönüşmüştür⁶¹. Üç adım testi uyarınca; (1) Sınırlandırma belirli ve özel durumlara hasredilmelidir, (2) Sınırlandırma eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemelidir ve (3) sınırlandırma eser sahibinin eserinden normal şekilde yararlanmasına aykırı düşmemelidir.

ABD telif hakkı bakımından mahkemelere esneklik tanıdığı düşünülen adil kullanım doktrinini kullanırken, AB ülkeleri tahmin edilebilirlik ve hukuki güvenlik⁶² sağladığı umulacak şekilde fikri hak sahibinin münhasır hakkının sınırlandırılabilme koşullarını sayarak tespit etmiştir. Üye ülkeler milli mevzuatlarında AB 2001/29/EC sayılı ve 22.6.2001 tarihli "Bilgi Toplumunda Telif hakkı ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Direktifi" m. 5'te yer alan sınırlamalar⁶³ kapsamında sınırlamalar getirmişlerdir.

61 WIPO Telif Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ilke tekrar edilerek Bern Sözleşmesi'nin uygulandığı hallerde ve tüm haklar açısından dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Türkay Alıca/ Bülent Önder, "Engellilerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri", *FMR 2014/1*, s.41-81, s.61.

62 Bernt P. Hugenholtz, Martin R. F. Senffleben, Fair Use in Europe. In Search of Felexibility, Amsterdam 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>, (erişim tarihi 15.5.2017), s. 2.

63 T.C. AB Bakanlığı Çeviri EŞ güdüm Başkanlığı Tercümesi, <http://www.ab.gov.tr/46576.html>, (erişim tarihi 15.5.2017), Direktifin İstisnalar ve Sınırlamalar başlıklı 5. Maddesi uyarınca: 1.Teknolojik bir işlemin geçici veya tesadüfi [ve] ayrılmaz ve esash bir parçasını teşkil eden, tek amacı eserlerin veya diğer konuların:

(a) bir aracı vasıtasıyla üçüncü kişiler arasında ağ içinde iletimi veya

(b) yasal bir kullanım olan ve bağımsız bir ekonomik değeri olmayan geçici çoğaltımlar 2. maddede öngörülen çoğaltma hakkından muaf tutulur.

2. Üye devletler aşağıdaki durumlarda 2. maddede belirtilen çoğaltma hakkına istisnalar ve sınırlamalar getirebilirler:

(a) Sheet müzik (kitap hâline getirilmemiş basılı notalar) hariç olmak üzere kâğıt veya benzeri ortamlarda her türlü fotoğraflama tekniği veya benzeri etkiye sahip bazı diğer işlemler kullanılarak yapılan çoğaltmalar hakkında hak sahiplerinin adil bedel almaları koşuluyla;

(b) gerçek kişi tarafından herhangi bir ortamda kendi şahsi kullanımı için ve doğrudan ya da dolaylı ticari amacı bulunmayan çoğaltmalar hakkında, hak sahiplerinin eser veya ilgili konulara 6. maddede belirtilen teknolojik önlemleri uygulanıp uygulanmamasını dikkate alan adil bedel alması şartına bağlı olarak;

(c) doğrudan veya dolaylı ekonomik veya ticari menfaat gütmeyen halka açık kütüphaneler, eğitim kurumları veya müzeler ya da arşivler tarafından yapılan belirli çoğaltma filleri hakkında;

(d) yayın kuruluşları tarafından, kendi imkânlarıyla kendi yayımları için yapılan eserlerin geçici kayıtlarına ilişkin olarak; bu kayıtların müstesna belgesel nitelikleri sebebiyle resmi arşivlerde korunmasına izin verilebilir;

(e) hastane veya hapisane gibi ticari amaç gütmeyen sosyal kurumlar tarafından yapılan yayımların çoğaltımına ilişkin olarak, hak sahiplerinin adil bedel alması koşuluyla;

3. Üye devletler, aşağıda belirtilen durumlarda 2. ve 3. maddede öngörülen haklara istisnalar ve sınırlamalar getirebilirler:

(a) eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içeren

Hali hazırda üye ülke mahkemeleri fikri hukuk mevzuatı dışındaki ilkeler ile gereken esnekliği sağlamaya çalışmaktadır⁶⁴. Ancak özellikle internet üzerinden çevrimiçi bilgi sağlayan hizmetler söz konusu olduğunda istisnaların dar yorumlanması ve sistemin esneklik eksikliği sorun olmaktadır.

- kaynağın belirtilmesi şartıyla ve ticari olmayan amacın gerçekleştirilmesinin izin verdiği ölçüde yalnızca öğretim veya bilimsel araştırmalar için örnekleme amaçlı kullanım;
- (b) doğrudan sakatlıkla ilgili ve ticari olmayan nitelikte belirli bir sakatlığın gerektirdiği ölçüde engelli insanların yararına kullanım;
- (c) bu tür kullanımın açıkça saklı tutulmadığı durumlarda ve eser sahibinin adını da içeren kaynağın belirtilmesi şartıyla güncel ekonomik, politik veya dini konular hakkında yayımlanmış makalelerin veya yayımlanmış eserlerin veya benzer nitelikteki diğer konuların basın tarafından çoğaltılması, umuma iletimi ya da kamunun erişimine sunulması ya da bilgilendirme amacının meşrulaştırdığı ölçüde ve eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içermek kaydıyla güncel olayların bildirilmesi ile bağlantılı olarak eserlerin veya diğer konuların kullanımı,
- (d) kullanımları özel amacıyla istenen kapsamda ve adil uygulama ile uyumlu olan ve eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içeren kaynağın belirtilmesi şartıyla, kamuya yasal olarak sunulmuş eserler ya da diğer konularla ilgili eleştiri ve değerlendirme amaçlı alıntılar;
- (e) idari işlemlerin, yasama veya yargı işlemlerinin düzgün icrası veya rapor edilmesinin sağlanması veya kamu güvenliği amaçlarıyla kullanım;
- (f) eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içeren kaynağın belirtilmesi şartıyla, umumi konuşmalardan alıntılar ile siyasi konuşmaların kullanılması veya bilgilendirme amaçlı olarak benzeri eserlerin ve diğer konuların kullanımı;
- (g) bir kamu otoritesi tarafından düzenlenmiş dini veya resmi kutlamalar sırasında kullanma;
- (h) kamusal alanlarda daimi olarak yerleştirilmek üzere yapılmış mimari veya heykelsel eserleri gibi eserlerin kullanımı;
- (i) bir eserin veya diğer konuların başka bir materyale rastlantsal olarak dâhil edilmesi;
- (j) sanatsal eserlerin satışının veya kamuya sergilenmesinin ilanı amacıyla, diğer her türlü ticari kullanım hariç tutularak, etkinliği tanıtmak için gerekli olduğu kadar kullanım;
- (k) karikatür, parodi veya taklit amaçlı kullanım;
- (l) cihazların teşhir edilmesi veya onarımıyla bağlantılı olarak kullanım;
- (m) bir sanatsal eserin, bir bina şeklinde ya da binanın çizimi ya da planlarında, binanın yeniden inşası amacıyla kullanım;
- (n) 2(c) paragrafında belirtilen kuruluşların binalarındaki tahsis edilmiş yerler aracılığıyla bu kuruluşların koleksiyonlarında yer alan satın alma veya lisans sözleşmelerine konu olmayan eser ve diğer konuların kişisel çalışma veya araştırma amacıyla bireylere iletimi veya bireylerin erişimine sunulması yoluyla kullanım;
- (o) bu Maddede yer alan diğer istisna ve sınırlamalara halel getirmeksizin yalnızca analog kullanım ile ilgili olması ve Topluluk içerisinde malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını etkilememesi koşuluyla hali hazırda ulusal yasalarda yer alan istisnalar veya sınırlamaların çok az önemli olduğu belirli diğer durumlarda kullanım.

4. Üye devletler, 2. ve 3. paragraflara göre çoğaltma hakkına bir istisna veya sınırlama getirdiklerinde, izin verilen çoğaltma fiilinin amacının meşrulaştırdığı ölçüde 4. maddede belirtilen yayma hakkına da, benzeri sınırlama veya istisnalar getirebilirler.

5. 1, 2, 3 ve 4. paragraflarda sağlanan istisnalar ve sınırlamalar, sadece bir eserden veya diğer konulardan normal yararlanmaya aykırı olmayan ve hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermeyen belirli özel durumlarda uygulanır.

64 Google Thumbnails, BGH · Urteil vom 29. April 2010 · I ZR 69/08;

ABD dışında Singapur⁶⁵, Güney Kore⁶⁶, Tayvan⁶⁷ ve İsrail adil kullanım doktrinini benimserken, Çin'de de var olan mevzuatın bu çerçevede yorumlanması yargı kararları ile devam etmektedir.

Günümüzde her ne kadar ABD adil kullanım doktrininin düşünüldüğü kadar esneklik tanımadığı⁶⁸, AB mevzuatının ise daha esnek kuralların benimsenmesi bakımından imkân tanıdığı⁶⁹ yönünde çalışmalar olsa da gelişen teknolojilere ayak uydurabilmek için gerekli esnekliği sağladığı ve bu teknolojilerle bağlantılı yeni iş modellerine daha uygun bir yapı düşünülen ABD adil kullanım doktrinini⁷⁰ yeniden şekillenecek mevzuatlarda etkisinin artması kaçınılmaz olacaktır.

65 David Tan, "The Transformative Use Doktrine and Fair dealing in Singapore", *Singapore Academy of Law Journal* (2012) 24 SAclJ, sa. 832-866, s. 832, Singapur hukuku adil kullanım hakkı ve fikri hukuk bakımından ABD düzenlemelerini mehz almıştır.

66 Seagull Haiyan Song, "Reevaluating Fair Use In China—A Comparative Copyright Analysis of Chinese Fair Use Legislation, The U.S. Fair Use Doctrine, And The European Fair Dealing Model", *IDEA—The Intellectual Property Law Review*, Vol. 51. No. 3, sa. 453-489, s. 488.

67 Song, s.488.

68 Beebe, s.621 vd.

69 Hugenholtz, Senfleben, s. 13-28; Scientology v. XS4ALL, Hagure Temyiz Mahkemesi, 4 Eylül 2003, Yüksek Mahkeme 16 Aralık 2005 No. CO4/020HR/JMH/RM LjN AT2056, AMI 2006, s. 202 (naklen Guibault Lucie, Klooster Kevinon't, Hilthy Reto M., Nérison Sylvie(Ed.), *Balancing Copyright—A Survey of National Approaches*, New York, 2012, a. 715 dn. 70.)

70 Trevor Cook, "Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law", *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 17, Mayıs 2012, sa. 243-245, s. 244; SAIF v. Google France Paris Temyiz Mahkemesi, 26 Ocak 2011, t [http://www.juriscom.net/ documents/caparis20110126.pdf](http://www.juriscom.net/documents/caparis20110126.pdf), (erişim tarihi 15.5.2017).

KAYNAKLAR

- Alica, Türkay / Önder, Bülent, “Engellilerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri”, *FMR*, 2014/1, sa. 41-81.
- Beebe, Barton, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 156, No. 3, Ocak 2008, sa. 549-624.
- Brannan, Anna Claveria, “Fair Use Doctrine and the Digital Millenium Copyright Act: Does Fair Use exist on the Internet under the DMCA?”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 42, No. 1, 2001, sa. 247-276.
- Brown, Richard, From The University Presses-The Code of Best Practices in Fair Use for Academic and Research Libraries Against the Grain, Vol. 24: Iss. 4, Madde 35, 2012, sa.73-75.
- Cook, Trevor, “Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law”, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 17, Mayıs 2012, sa. 243-245.
- Crews, Kenneth D., “Unpublished Manuscripts and the Right of Fair Use”: *Copyright Law and the Strategic Management of Information Resources*, Rare Books& Manuscripts Librarianship, Volume 5, No.2, 1990, sa. 61-70.
- Davis, Jr Anthony, “Fair Use: Articulating the Liberal Approach”, *Libraries and the Academy*, Vol. 12, No. 2, 2012, sa. 122-137.
- Eisenstein, Matthew A., “An Economic Analysis of the Fair Use Defense *Lebovitz v. Paramount Pictures Corporation*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.148.
- Goldstein, Paul, Goldstein on Copyright, Vol. I, New York, 2017.
- Halpern, Sheldon W / Nard, Craig Allen / Port, Kenneeth L., Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Cambridge, 2007.
- Harris, Lesley Ellen, Weighing the Four Fair Use Factors, *Information Outlook*, 2006 vol. 10, n.12, sa. 40-41.
- Hugenholtz, Bernt P. / Senftleben, Martin R. F., Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities, Amsterdam, 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>.
- Leval, Pierre N., “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, Mart 1990, Westlaw 103 HVLR.
- Öncü, Özge, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Patterson, L. Ray, “Understanding Fair use”, *Law and Contemporary Problems*, Vol.55 No.2, Spring 1992, sa. 249-266.
- Postel, Holger, “The Fair Use Doctrine in the U. S. American Copyright Act And Similar Regulations In The German Law”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 2006, sa. 142-157.
- Reese, R. Anthony, “The Story of Folsom and Mersh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Sources”, *Intellectual Property Stories* (ed. Ginsburg Jane C/ Dreyfuss Rachelle Couper), New York, 2006.
- Sag, Matthew, “Prehistory of Fair Use”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 76:4 2011, <http://ssrn.com/abstract=1663366>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- Samuelson, Pamela, Unbundling Fair Uses (“Unbundling”), UC Berkeley Recent Work, <http://escholarship.org/uc/item/55c5kp2>

- *Scientology v. XS4ALL*, Hasure Temyiz Mahkemesi, 4 Eylül 2003, Yüksek Mahkeme 16 Aralık 2005 No. Co4/020HR/JMH/RM LjN AT2056, AMI 2006, s. 202 (naklen Guibault Lucie, Klooster Kevinon't, Hilthy Reto M., Nérison Sylvie(Ed.), *Balancing Copyright-A Survey of National Approaches*, New York, 2012).
- Song, Seagull Haiyan, "Reevaluating Fair Use In China-A Comparative Copyright Analysis of Chinese Fair Use Legislation, The U.S. Fair Use Doctrine, And The European Fair Dealing Model", *IDEA—The Intellectual Property Law Review*, Vol. 51. No. 3, sa. 453-489.
- Tahir, Peggy, Four Factors of Fair Use – The Second Factor: The Nature of the Copyrighted Work, <https://blogs.library.ucsf.edu/inplainsight/2017/02/22/four-factors-of-fair-use-the-second-factor-the-nature-of-the-copyrighted-work/>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- Tan, David, "The Transformative Use Doktrine and Fair dealing in Singapore", *Singapore Academy of Law Journal* (2012) 24 SAclJ, sa. 832-866.
- *Thumbnails*, Google, BGH · Urteil vom 29. April 2010 · I ZR 69/08.
- *Elektronik Kaynaklar*
- 510 U.S.539 (1985), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/471_US_539.htm (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Chicago Bd. of Educ. v. Substance Inc.*, 354 F. 3d 624, 629 (7th Cir. 2003) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5119>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Folsom v. Marsh*, 9F. CAs. 3428c.c.d. mass.1841 (No. 4901), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Gyles v. Wilcox*, 2 ATK 141 (1470), (Erişim Tarihi: 15.5.2017) (<http://www.common-iii.org/uk/cases/EngR/1740/78.pdf>), (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 551 (1985), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Infinity Broadcasting Corp. v. Kirkwood*, 63 F. Supp. 2d 420 (S.D.N.Y. 1999), <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/63/420/2456581/>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998), <http://ncac.org/resource/leibovitz-v-paramount-pictures-corp>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. Cal. 1997), <https://www.ravellaw.com/opinions/5bc9f12de34b3681a7699106eaf945ae>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc.*, 873 F.2d 576 (1989), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5173>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc.*, 873 F.2d 576 (1989), (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Princeton University Press v. Michigan Document Services* 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/99_F3d_1381.htm, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *SAIF v. Google France Paris Temyiz Mahkemesi*, 26 Ocak 2011, t <http://www.juris->

com.net/ documents/caparis20110126.pdf, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).

- Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/811_F2d_90.htm, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- The Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, University of California, Berkeley, School of Law, An Emprical Analysis of Learning-Promoting Fair Use Case Law (“Samuelson Raporu”), Mayıs 2009, https://wiki.creativecommons.org/images/4/4b/Samuelson_fair_use_study_.pdf, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- Samuelson Raporu, s.10; Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- T.C. AB Bakanlığı Çeviri EŞ güdüm Başkanlığı Tercümesi, <http://www.ab.gov.tr/46576.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).

ÖZ

Günümüzde Amerikan Hukukunda telif hakkı sahibinin bu hakkının sınırlarını teşkil ettiği kabul edilen “adil kullanım doktrini” 1976 tarihli Telif Hakları Kanunu ile Amerikan hukukunda pozitif temele oturmuştur. Pozitif hukukun telif hakkını sınırlı şekilde tanıdığı dönemde ortaya çıkan adil kullanım kavramı, ihlal sayılmayacak halleri “adil” olma ile sınırlar ve ölçütler koyarken; pozitif hukuk ile telif hakkının genişlediği dönemde, bu ölçütler hakkın sınırlarını teşkil etmeye başlamıştır. Amerikan fikri haklar hukukuna dair önemli bir kuralı teşkil eden “adil kullanım” kavramı fikri haklara sınırlı sayıda ve şartlara bağlı olarak sınırlama getirilebileceğini öngören Avrupa Birliği mevzuatından ve dolayısıyla Türk hukukundan farklı bir doktrin olup, bu doktrinin gelişen teknolojilere ayak uydurabilmek amacıyla gereken esnekliği sağlayabileceği düşünülmektedir. Bu incelemede öncelikle “adil kullanım” doktrini kavramı, tarihçesi ve gelişimi (I), ardından bu doktrinin amacı (II) ve doktrin kapsamında fikri hak ihlallerinin ve adil kullanımın tespitinde kullanılan kriterler incelenecek (III), nihayet adil kullanım doktrinin AB hukuku ülkelerine muhtemel etkisi değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Adil kullanım, Adil kullanım kriterleri, Telif hakkı, Üç-adım testi, Fikir ve sanat eserleri.

Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanıp Atanamayacağı Sorunu*

Assingment of Legal Entities as Prokurist

Harun ERYİĞİT**

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations defines the Prokurist as a person who has been expressly or tacitly granted by the owner, with the authority to conduct operations at commercial enterprise and to sign per procuration under the title of owner's commercial name. However, the regulation does not include detailed provisions in the matter of the legal possibility of legal entities to be granted as Prokurist. As a consequence, different approaches have been expressed by the doctrine on the issue. This article; examines if legal entities can be appointed as Prokurist, in the framework of modern approaches to commercial enterprises and the general principals of Turkish Commercial Code No:6102 besides the doctrinal views and special provisions of related regulations.

Keywords: Prokurist, Legal entities, Professional management, Legal entities membership of boards of the directors

Giriş

818 sayılı mülga kanun döneminde olduğu gibi, 6098 sayılı kanun döneminde de ticari temsil¹ kurumu Borçlar Kanunu ile düzenlenmiş ve esasları belir-

* Makale gönderim tarihi: 07.06.2017. Makale kabul tarihi: 14.06.2017.

** Arş. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

1 TBK m.547 Gerekeç, "818 sayılı Borçlar Kanununun 449'uncu maddesinin kenar başlığında kullanılan "A. Ticari mümessil / I. Tarifi, salâhiyet itası" şeklindeki ibare, Tasarıda, "A. Ticari temsilci / I. Tanımı ve yetki verilmesi" şeklinde değiştirilmiştir." TBK'da yapılan bu değişikliğe rağmen birçok hükümde olduğu gibi aynı dönemde yürürlüğe girmiş olmalarına rağmen TTK ile TBK arasında dil bakımından uyum sağlanamamış, TTK düzenlemelerinde kurum "ticari mümessil" olarak isimlendirilmeye devam etmiştir. İlgili maddeler için bkz; m.40/4, 102/1, 218/2, 223/1, 235/2, 318/2, 321/1, 368, 631/1-2.

lenmiştir². Konuya ilişkin usul ve esasların konu edildiği TBK hükümlerinde de, eBK döneminde olduğu gibi bu yetkinin kimlere verilebileceği hususunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. İlgili kanun maddelerinde kimlerin ticari temsilci olarak atanabileceğine ilişkin detaylı bir düzenlemenin bulunmaması, doktrinde eBK'dan beri süregelen ve tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanıp atanamayacağı noktasında odaklanan tartışmaların devamına neden olmuş, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile benimsenen yeni anlayış ve bu doğrultuda yapılan düzenlemeler ise bu tartışmaya farklı bir boyut katmıştır.

6102 sayılı TTK, 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı bir anlayış ile kaleme alınmıştır. Kanunun genel gerekçesinde kurumsal yönetim ilkelerine ve profesyonel yönetim anlayışına yapılan atıflarla karşımıza çıkan bu anlayış, tüzel kişilerin anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna üye olarak atanabilmelerinin mümkün kılındığı TTK m.359 hükmü gibi özel düzenlemeler ile somutlaştırılmıştır.

Bu doğrultuda, TTK ile getirilen bu yeni anlayış ve modern işletme mantığı çerçevesinde tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanıp atanamayacağı sorununun yeniden ele alınmasının ve bu kapsamda konunun yeniden değerlendirmesinin önem arz ettiği kanaatine varılmıştır. Çalışmamızda tüzel kişilerin ticari işletmelere ticari temsilci olarak atanmasına ilişkin tartışma, modern işletme mantığı çerçevesinde; ticari temsilcilik kurumunun genel esasları ve ilgili düzenlemelerin yanı sıra, Türk doktrinindeki görüşler ve 6102 sayılı TTK ile benimsenen profesyonel yönetim anlayışı kapsamında ele alınacaktır.

I. Ticari Temsilcilik Kurumu Merkezinde Sorunun Ortaya Konulması

Gelişen ekonomik sistem ve bu sisteme bağlı olarak ortaya çıkan örgütlenme biçimi, ticaret hayatını da derinden etkilemiş, yaşanan gelişmelere bağlı olarak ticaret hayatı belirli bir organizasyon çerçevesinde yürütülmeye başlanılmıştır. Modern işletmelerde karşımıza çıkan bu organizasyon modelinde işletmenin

2 Konunun aynı dönemde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK yerine 6098 sayılı TBK'da düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul, 2016, s.8: "...sistematik bakımdan Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması gereken bir kısım hükümler de Türk Borçlar Kanunu'nda yer almıştır. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun işletmenin devrine ve birleşmelerine ilişkin 207-208, ticari mümessiller ve diğer tacir yardımcılarına ilişkin 552-559 ve âdi ortaklığa ilişkin 625-646 hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu'nda ...yer alması gerekmektedir." Aynı yönde görüş için bkz; Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Ertan Nomer, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2015, s.677; Oruç Hami Şener, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*, Ankara, 2015, s. 5: "Kanaatimizce, giderek ticari temsilcilik dâhil, diğer bağlı tacir yardımcılarını konu edinen hükümlerin (T)BK'da değil, yine temsil (ve vekâlet) temelinde (T)TK'da düzenlenmesi, bunların varlık sebeplerinin ve işlevlerinin doğal hukuki sonucu, ayrıca ticaret hukukunun özel ve bağımsız karakterinin korunmasının da bir gereğidir."

büyüklüğüne, işlem hacminin genişliğine ve çeşitliliğine bağlı olarak işletmenin yönetilmesi zorlaşmış, bu durum ise işletmeyi yönetmekle yükümlü olan taciri, yönetim yetkisini paylaşmaya ve iş yükünü hafifletmeye itmiştir³.

Tacir açısından işlemlerde kolaylık ve iş yükünde hafifleme sağlayan bu durum, işlemin karşı tarafı olan ve tacirin yönetim yetkisini paylaştığı yardımcı ile işlem yapan üçüncü şahıslar için bir belirsizlik oluşturmuştur. Tacirin yetkilerini paylaştığı yardımcısı ile işlem yapan işletme dışı üçüncü şahıslar, sürekli olarak yapılan işlemlerin yetki paylaşımına dair anlaşmaya uygun olup olmadığı ve söz konusu hususlarda temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı noktasında araştırma yapma külfeti altında kalmışlardır⁴. Bunun bir sonucu olarak, üçüncü kişinin bu külfetini ortadan kaldırmak, işlem yapılan yardımcının temsil yetkisinin sınırlarını önceden bilmesini sağlamak adına kanuni bir takım düzenlemeler getirilmiş ve buna bağlı olarak ticari temsilcilik kurumu ihdas edilmiştir⁵. İlk olarak 1861 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticari temsil ilişkisi⁶, 1926 tarihli Borçlar Kanunu ile hukuk hayatımıza girmiştir⁷. EBK'nın 449 vd. düzenlemelerine tabi olan kurum, TBK'nın 547 ve devamı maddelerince hüküm altına alınmıştır. TBK m.547/1 hükmü uyarınca ticari temsilci “*işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi*” olarak tanımlanmış ve bu tanım ile söz konusu yetkinin; ancak bir ticari işletme için verilebileceği, aynı şekilde yetkinin kanundan doğan zorunlu bir temsil yetkisi olmadığı ve tamamen işletme sahibi tacirin iradesine dayalı olarak tevdi edildiği açık bir şekilde ortaya konulmuştur⁸.

Öngörülüş amacı, bir yandan tacirin iş yükünü hafifletirken diğer yandan tacir ile işlem yapan üçüncü şahısları temsil yetkisine ilişkin araştırma külfetinden kurtarmak olan ticari temsil yetkisinin sınırları da bu anlayışa uygun ola-

3 Tacir yardımcılarının ortaya çıkışı hakkında detaylı bilgi için bkz: Wolfram Muller-Freienfels, “Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty”, *The American Journal Of Comparative Law*, Vol. 13, Issue. 2, Spring 1964, sa. 193-215.

4 Elmes R. Holmes, “Apparent Authority and Undisclosed Principal under German Law”, *California Western International Law Journal*, Vol. 4, Issue. 2, Spring 1974,sa. 340 – 373, s. 355.

5 Kaya, 2015, s. 678; İsmail Kurca, *Ticari Mümessillik*, Ankara, 1996, s. 29.

6 Shilling Neil, *Harvard International Law Club Journal*, Vol.6, Issue 1, Winter 1964, sa. 1 – 71, s. 16. Glanluca La Villa, “The Validity of Company Undertakings and the Limits of the E.E.C. Harmonization”, *Anglo- American Law Review*, Vol. 3, Issue. 3, 1974, sa. 346 – 356, s. 349.

7 Kurca, s. 39.

8 Eric Beckett, *Manuel of German Law*, London, 1950, s. 229; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2015,s.172; Kurca, s.34.Yetkinin iradi olmasının istisnası olarak bkz; TTK m. 40/4, “*Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır.*”

rak kanun ile düzenlenmiştir. Tacirin iş yükünü hafifletmeyi hedefleyen kanun koyucu, ticari temsilcinin, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili olduğunu söylemiş ve tacirin işletmesinde yapabileceği tüm işlemlerin⁹ ticari temsilci tarafından da yapılabilmesi için gereken hukuki zemin oluşturulmuştur. Öte taraftan, bu yetkinin sınırlandırılması halinde temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin araştırma külfetini hafifleterek işlem güvenliğini sağlamayı hedefleyen kanun koyucu, ticari temsilcinin açıkça yetkili kılınmadıkça, işletmeye ait taşınmazları devredemeyeceğini veya bir hak ile sınırlandıramayacağını (TBK m.548/1-2) dile getirmiştir. Bunun yanı sıra ticari temsilcinin temsil yetkisi ancak birden çok kişinin birlikte imza atmaları şartı veya bir şubenin işleri ile sınırlandırılabilir¹⁰. Bu istisna haller dışında ticari temsilcinin temsil yetkisine ilişkin sınırlandırmalar, tescil edilmiş olsa dahi iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir (TBK m.549/4).

Kendisine oldukça geniş ve önemli amaçlar yüklenen ticari temsil ilişkisinin, hangi şekilde kurulacağı hususunda ise özel bir düzenleme yapılmamıştır. TBK m.547/2 hükmü ile her ne kadar işletme sahibinin, ticari temsil yetkisi verildiğini ticaret siciline tescil ettirme zorunluluğu olduğu dile getirilmişse de, bu tescilin yapılmamış olmasının ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumlu tutulacağı gerçeğini değiştirmeyeceği yine aynı madde de açıkça hükme bağlanmıştır.

Ticari temsilcinin kim tarafından atanabileceği sorusu TBK 547 hükmü ile cevaplandırılmaya çalışılmış, fakat burada ticari temsilcinin işletme sahibince¹¹ atanacağı düzenlemekle yetinilmiştir. Ticari temsilcinin kimler tarafından atanabileceği hususunda detaylı düzenlemeler ise TTK'nın ilgili hükümlerinde kendisine yer bulmuştur. Buna göre gerçek kişilerce işletilen işletmelerde işletme sahibince atanabilecek olan ticari temsilci, tüzel kişilerde yetkili organlarca atanabilecektir. Anonim şirketlerde devredilmediği müddetçe yönetim kuruluna ait olan bu yetki (TTK m.368), limited şirketlerde kural olarak genel kurula aittir (TTK m.631/1). Kollektif ve komandit şirketlerde ise bu atama, kural olarak or-

9 Bir ticari işletmeye atanan ticari temsilci, atandığı işletmeyi ortadan kaldıracak ya da sona erdirecek tasfiye, devir vb. işlemleri özel yetki verilmediği müddetçe yapamayacaktır. Kaya, s.687; Arkan, s. 173.

10 Birlikte imza ile temsil ve yetkinin şube işlemleri ile sınırlandırılmasının gerçek anlamda bir sınırlandırma olmadığına dair bkz; Kirca, s. 133 vd..

11 Kirca, s. 49 - 50: *"Buradaki işletme sahibi (malik) kavramını medeni hukuktaki malik kavramından farklı olarak, geniş anlamda yorumlamak lazımdır. İşletme sahibi kavramında sadece işletme üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan anlaşılmaz; işletme üzerinde hukuki tasarruf yetkisine sahip diğer kişiler de (örneğin hasılat kiracısı) bu kavramın kapsamına girer."* Aynı yönde bakınız; Arkan, s. 172; Kaya, 2015, s. 679.

takların oybirliği ile alacakları bir karar ile yapılır (TTK m.223 ve TTK m.308).

Tarihsel gelişimine ve ilgili kanuni düzenlemelerine ilişkin yapılan açıklamalardan da açıkça anlaşılacağı üzere; ortaya çıkışından itibaren önemi ve sahip olduğu yetkileri nedeniyle kanun koyucu tarafından detaylı olarak düzenlenen ve atamaya yetkili olanlara ilişkin dikkatli bir sayımın yapıldığı ticari temsilcilik yetkisinin kimlere tanınabileceği hususunda özel bir düzenleme yapılmamıştır. TBK'nın ilgili hükmü ticari temsilciyi kendisine yetki verilen "kişi" olarak nitelendirmiş ancak bu kişinin sahip olması gereken özel şartların bulunup bulunmadığına değinmemiştir. Benzer bir şekilde diğer kanun hükümleri de konuya ilişkin açık bir düzenleme getirmemiştir. Bu durum ise özellikle tüzel kişilerin ticari temsilci olarak tayin edilip edilemeyecekleri noktasında doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Bir görüş, yapısı, mezkûr özellikleri ve düzenlenme şekli gereği tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacağını ileri sürerken, diğer görüş aslında aynı gerekçeler ile aksi yönde düşüncelerini sunmuştur.

Kanaatimizce, sorunun ticari temsilciye ilişkin yukarıda zikredilen genel açıklamalar göz önüne alınarak doğru olarak değerlendirilmesi için öncelikli olarak yapılması gereken, konuya ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlere değinilmesi olacaktır.

II. Türk Doktrinde Soruna İlişkin Olarak Ortaya Konulan Görüşler

A. Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanamayacağı Yönünde Ortaya Konulan Görüşler

Tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanıp atanamayacağı hususu uzunca bir süredir öğretilerde tartışılmaktadır. Bugüne kadar ortaya konulan görüşler çerçevesinde konu incelendiğinde, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacağı yönündeki görüşün son döneme kadar ağırlıklı görüş olarak savunulduğu görülecektir.

Arslanlı, ticari temsilcilerin çok geniş yetkiler ile donatıldığını, bu geniş yetkilendirmenin zorunlu kıldığı güven ilişkisi uyarınca organları işletme sahibinin iradesine bağlı olmaksızın değişebilen tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacağını dile getirmiştir¹². Aynı yönde görüş bildiren *İmregün* de ticari temsilcinin sahip olduğu yetkilerin genişliği ve tacirin tüzel kişinin organlarında yaşanacak olan değişikliklere müdahale imkânı olmaması nedeni ile yalnızca gerçek kişilerin ticari temsilci atanabileceğini savunmuştur¹³. Bu görüşün bir başka savunucusu olan *Arkan* da taraflar arasındaki ilişkinin güvene dayalı olması ve

12 Halil Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, İstanbul, 1960, s. 181.

13 Oğuz İmregün, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler- Ortaklıklar- Kıymetli Evrak)*, İstanbul, 1992, s. 120.

söz konusu güvenin tüzel kişiler ile tacir arasında tesis edilemeyeceği gerekçesi ile tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmalarının mümkün olmadığını dile getirmiştir¹⁴.

Domaniç ise eTTK ve BK da yer alan ilgili hükümler kapsamında konuyu değerlendirmiş; ancak bir gerçek kişinin ticari mümessil olabileceğini, aksi durumun müessesenin bünyesine aykırılık teşkil edeceğini ve tüzel kişilerin temsilci olarak tayin edilmeleri durumunda, ticari temsilcilik kurumu ile karşılaşması beklenen ihtiyaçların cevapsız kalacağını belirtmiştir. Yazara göre, eTTK döneminde anonim şirketlerde tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye olamaması bu görüşü desteklemektedir. Yine benzer şekilde limited şirketler bakımından şirketin temsil yetkisinin mutlaka bir gerçek kişiye verilmesine ilişkin kural da tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacağı görüşünü destekleyen düzenlemelerdendir¹⁵. Konuya benzer bir yönden yaklaşan *Feyzioğlu* ise, müessesenin tarihi gelişiminin tüzel kişilerin temsilci olarak atanamayacağı yönündeki görüşlerin lehine olduğunu, Borçlar Kanunu'nun ticari temsilci ile yalnızca gerçek kişileri kastetmiş olduğunu ileri sürmüştür¹⁶. Anılan bu görüşlere atıf yapan *Birsel*¹⁷, *Mimaroğlu*¹⁸, *Tekil*¹⁹, *Poroy/Yasaman*²⁰ ve *Bahtiyar*²¹ da tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacakları yönünde kanaatlerini bildirmişlerdir.

Son olarak, ticari temsil müessesine ilişkin yayınladığı monografisinde tartışmaya değinen *Şener*, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmasının ticari temsilciliğe hakim ilkeler ile bağdaşmayacağını, tüzel kişinin iradesini organı vasıtası ile kullanacağını ve organın işletme sahibinin etkisi olmaksızın her zaman değişebileceğini ve böyle bir durumda işletme sahibinin yeterli korumaya sahip olamayacağını dile getirerek tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmalarının olanaksız olduğuna işaret etmiştir. Yazara göre şahsi güven ilişkisine dayanan ticari temsilcilik kurumu, ticari temsil yetkisini icra edecek organın kolaylıkla değişebileceği tüzel kişilere tevdi edilmeye uygun değildir.²²

14 Arkan, s. 170.

15 Hayri Domaniç, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, 1988, s. 318.

16 Fevzi Necmeddin Feyzioğlu, "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nun Anusuna Armağan*, İstanbul, 1978, sa. 407 – 443, s. 412 - 413.

17 Mahmut Tefvik Birsel, "Ticari Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur", *BATİDER*, C. II, S. 1, 1963, sa. 1 – 13, s.10.

18 Sait Kemal Mimaroğlu, *Ticaret Hukuku İşletme Hukuku*, Ankara, 1970, s. 390.

19 Fahiman Tekil, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 1990, s. 201.

20 Reha Poroy, Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2012, s. 236.

21 Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 2015, s. 179.

22 Şener, s. 59 - 63.

B. Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanabileceği Yönünde Ortaya Konulan Görüşler

Tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacağı yönünde doktrinde ortaya konulan görüşlerin karşısında, diğer bir görüş ise tüzel kişilerin de ticari temsilci olabileceğini, bunun önünde herhangi bir engel bulunmadığını savunmuştur.

Konuya ilişkin görüşlerini detaylı olarak açıklayan *Karayalçın*, eBK’da kullanılan “kimse” ifadesinin yalnızca gerçek kişileri ifade etmediğini, İBK’da bu yönde yapılan yorumların Türk Hukuku bakımından bu sonucu haklı göstermeyeceğini dile getirmiştir. Yazara göre, ticaret hayatında uzmanlaşmanın ve şirketler arası tecrübe aktarımının sağlanabilmesi açısından tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanabileceklerini kabul etmek gerekir²³.

Tartışmaya, ticari temsil kurumuna ilişkin yayınladığı monografisinde değinen *Kırca* ise, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını savunan yazarların ortaya koyduğu gerekçelerin yeterli olmadığını, bir tüzel kişiyi ticari temsilci olarak tayin eden işletme sahibinin bunun sonuçlarını öngörmesi gerektiğini ve işletme sahibini kendi iradesine karşı korumaya çalışmanın anlamsız olduğunu dile getirmiştir. Yazara göre işletme sahibinin ticari temsil yetkisini her zaman geri alma imkânı varken, tüzel kişinin organlarında meydana gelecek değişikliği gerekçe göstererek müesseseyi gerçek kişiler ile sınırlandırmak yersizdir. Kaldı ki, ticari temsil yetkisinin tüzel kişiye verilmesi karşısında, organ değişiklikleri verilen yetkinin devri anlamına gelmeyecek ve yetkide bir sakatlık oluşturmayacaktır. Öyleyse ticaret hayatının karmaşıklığı karşısında daha geniş imkânlarla sahip olan tüzel kişilerin de ticari temsilci olarak atanabilmesi gerekmektedir²⁴. Benzer yönde görüş bildiren *Bilgili* de tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmalarına ilişkin yasal bir engel olmadığını, modern ekonomik düzende bu yetkinin tüzel kişilere verilebileceğini kabul etmenin iktisadi bir zorunluluk olduğunu dile getirmiştir²⁵.

Son olarak 6102 sayılı TTK kapsamında konuya değinen *Kaya*, tüzel kişilerin anonim şirketlerde yönetim kuruluna üye olarak atanabilmelerine imkân tanıyan düzenlemeler karşısında aksi yöndeki görüşün daha güçlü şekilde eleştirilebileceğini savunmuştur²⁶.

23 Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri - Ticari İşletme*, Ankara, 1960, s. 487 - 488.

24 Kırca, s. 84 - 85.

25 Fatih Bilgili, “Tüzel Kişilerin Ticari Temsilciliği – Berlin Yüksek Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *TBB*, 2004, S. 50, sa. 37 – 43, s. 42.

26 Kaya 2015, s. 679. Yazar, eserin daha önceki baskılarında yalnızca gerçek kişilerin ticari temsilci olarak atanabileceğini dile getirmiştir. Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Ertan Nomer, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2009, s. 568.

III. Değerlendirmemiz

Konuya ilişkin görüşler incelendiğinde, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını ileri süren ağırlıklı görüşün üç temel esastan ötürü konuya itiraz ettikleri görülecektir. Buna göre böylesi bir atama: (a) ticari temsilcilik kurumunun öngörülüş amacına uygun değildir; (b) işletme sahibi ile ticari temsilci arasındaki güven ilişkisinin kurulmasını engellemektedir; (c) Kanuni düzenlemeler bu hususa müsaade etmemektedir. Bu doğrultuda; aşağıdaki bölümlerde, aksi yönde ileri sürülen tezler ve bunlara karşı ileri sürülen antitezler, doktrinde daha önce ileri sürülen görüşler de dikkate alınarak günümüz anlayışına ve mevzuatına uygun olarak değerlendirilecektir.

A. Ticari Temsilcilik Kurumunun Amacı Kapsamında Konunun Ele Alınması

Tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını ileri süren yazarlar, görüşlerini böylesi bir atamanın kurumun öngörülüş amacına aykırılık teşkil edecek olmasına dayandırmışlardır. Ancak daha önce doktrinde dile getirildiği üzere, bu görüş günümüz ekonomik düzeninin gerçekleri karşısında zayıf kalmaktadır²⁷.

Kurumun tarihsel gelişimine ilişkin olarak yapılan açıklamalarda değinildiği üzere, ticari temsil müessesinin ortaya çıkışında rol oynayan temel etken, ticari işletmenin işletilmesi sırasında ortaya çıkan zorlukların üstesinden gelmek ve karmaşıklaşan ticaret hayatında yetki paylaşımı yaparak tacirin iş yükünü hafifletmektir. Kanaatimizce, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmalarının kurumun temel amacına aykırı olup olmadığı sorusuna verilecek cevabın doğru biçimde ortaya konulabilmesi adına yapılması gereken, söz konusu kurumun modern işletme mantığında karşımıza çıkan profesyonel yönetim anlayışı ve bu anlayış ile önem kazanan yönetim sözleşmesi kavramı etrafında ele alınmasıdır.

Teknolojik ve sosyopolitik alanda dünya çapında yaşanan hızlı değişimler beraberinde küreselleşmeyi getirmiş, buna bağlı olarak dünya üzerindeki her türlü işletmenin başarısı ve devamlılığı uluslararası rekabet edebilme gücüne yönelik organizasyon yeteneği ile bağlantılı hale gelmiştir²⁸. Diğer yandan, ulusal ve uluslararası piyasalarda faaliyet göstermenin giderek artan karmaşıklığı, piyasaların ve bağlantılı olarak düzenlemelerin liberalleşmesi, artan rekabet ve bilişim teknolojilerinin ilerlemesi sonucu işletme süreçlerinde meydana gelen değişimler işletmelerin yönetilmesini zorlaştırmış, gerek işletenler gerekse bu

27 Bilgili, s. 42; Karayalçın, s. 487 - 488; Kırca, s.84.

28 A. Potocki Kenneth, Richard C. Brocato, "A System of Management for Organizational Improvement", *Johns Hopkins Apl Technical Digest*, Volume 16, Number 4, 1995, sa. 402 - 412, s.402.

işletmelere hizmet sağlayanlar açısından organizasyon bağlamında farklı anlayışların benimsenmesine neden olmuştur²⁹.

Bu anlayışların başında profesyonel yönetim anlayışı gelmektedir. Bu anlayışa göre, bir işletmenin, özellikle de küçük ve orta ölçekli işletmelerin, başarısı kurucu merkezli organizasyon anlayışından profesyonel yönetim anlayışına geçiş ile mümkün olacaktır³⁰. Profesyonel yönetim anlayışının benimsendiği işletmelerde, işletme sahibinin karar alma süreçlerindeki baskın karakteri zayıflayacak, gücünü sahip olduğu bilgi ve tecrübeden alan profesyonellerin etkisi artacaktır³¹. Bu anlayışa geçiş, her zaman işletmelerin kendi bünyelerinde istihdam edilen profesyoneller vasıtası ile sağlanamayacak, hatta küçük ve orta ölçekli işletmelerin böyle bir istihdamı sağlaması neredeyse imkânsız olacaktır. Öyleyse işletmenin varlığını muhafaza etmek ve hedeflerine daha kolay ulaşabilmesini sağlamak adına bu anlayışı sağlayacak ve işletmeyi bu anlayış çerçevesinde idare ve temsil edebilecek profesyoneller ile anlaşılması kaçınılmaz olacaktır.

Yönetim sözleşmesi kavramı³² tam bu noktada devreye girecek ve işletmenin personel istihdam etmesi ile dışarıdan danışmanlık sözleşmeleri ile bilgi edinmesi çözümlerini yapısında birleştiren, her ikisinin de olumsuz etkilerini minimize eden bir yöntem ile işletmede profesyonelleşmeye gidilecektir³³. Böylesi bir sözleşmenin yönetici tarafı işletmenin yönetim ve temsil işlerini üstüne alacak gerçek veya tüzel kişi olabilecektir. Özellikle gelişmiş ülkelerdeki uygulamalar incelendiğinde, bu sözleşmeler ile işletmelerde yönetim ve temsil faaliyetlerinin, profesyonel anlamda bu hizmetleri ifa edecek şirketlerce hatta şirketler topluluklarıncaya yerine getirildiği; ekonomik hayatın gerçekleri ve ihtiyaçları sonucunda bu hizmetlerin büyük çoğunlukla ticaret şirketleri olarak kurulan tüzel kişilerce sunulduğu görülecektir³⁴.

Tüm bu gelişmeler karşısında; en önemli öngörülüş amacı tacirin iş yükünü hafifletmek, karmaşıklaşan ticaret hayatında doğru organizasyon ile işletme sahibinin karşılaşılan zorlulukların üstesinden gelmesini sağlamak ve daha sağlam

29 Milan Kubr, *Management Consulting A Guide to the Profession*, International Labour Office, Geneve, 2010, s. 27.

30 J. Hutzschenreuter, *Management Control in Small and Medium-Sized Enterprises - Indirect Control Forms, Control Combinations and Their Effect on Company Performance*, Wiesbaden, Gabler, 2009, s. 57.

31 T. Raiser, "The Theory of Enterprise Law in the Federal Republic of Germany", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 36, No. 1 (Winter), 1988, sa. 111 – 129, s. 114.

32 Yönetim sözleşmeleri; yönetici tarafın işletme sahibine ait yönetim yetkisini bir ivaz karşılığı kısmen veya tamamen üstlendiği, kanunda düzenlenmemiş kendine özgü iş görme sözleşmeleri olarak tanımlanabilecektir. Turgut Öz, *Yönetim Sözleşmesi*, İstanbul, 1997, s. 3 ve s.38.

33 Öz, s. 10.

34 Öz, s. 11 - 12.

bir ekonomik düzenin oluşmasına katkı sunmak olan ticari temsil kurumunun, günümüz uygulamasında çoğunlukla tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerince sağlanan profesyonel yardım ve destekten yoksun olduğunu söylemek kanaatimizce doğru olmayacaktır. Modern işletme mantığı içerisinde tartışmasız kabul gören profesyonel yönetim anlayışını işletmesinde yerleştirmek isteyen işletme sahibinin, bu amaca uygun olarak tüzel kişileri ticari temsil yetkisi ile donatması, işletmesini yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde kendisini temsil etmek üzere, işletme konusu yönetim hizmetleri sunmak olan ticaret şirketlerine yani tüzel kişilere temsil yetkisi verebilmesi, ticari temsil kurumunun amacını tam olarak gerçekleştirebilmesi için kaçınılmazdır. Sonuç olarak diğer yönde ileri sürülen görüşlerin aksine, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını söylemenin bizzat kurumun öngörülüş amacına aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

B. İşletme Sahibi İle Ticari Temsilci Arasındaki Güven İlişkisi Bakımından Konunun Ele Alınması

Tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını ileri süren görüşün en önemli dayanak noktalarından biri, taraflar arasındaki güven ilişkisidir. Bu görüşe göre; oldukça geniş yetkiler ile donatılan ticari temsilci ile onu atayan işletme sahibi arasında yoğun bir güven ilişkisi teşkil edilmektedir. Hal böyle iken, işletme sahibinin iradesine bağlı olmaksızın değişebilen tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanması bu güven ilişkisine zarar vermektedir ve bu nedenle de tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanabilmeleri mümkün değildir.

Tüzel kişilere ilişkin temel düzenlemelerin yer aldığı Türk Medeni Kanunu uyarınca, tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil olabilecek (TMK m.48), sahip oldukları fiil ehliyetini ise organları vasıtası ile kullanabileceklerdir (TMK m.49). Bu kapsamda, gerçek kişilere özgü olanlar dışında, yapılabilecek her türlü hukuki işlemi yapma ve bu işlemlerin tarafı haline gelme hakkına sahip olan tüzel kişilerin bu yetkisi ancak aksi açıkça öngörüldüğü müddetçe kısıtlanabilecektir (TMK m.48).

Bu kapsamda, tüzel kişiler ile güvene dayalı bir ilişki kurulamayacağını savunan yaklaşım, en başta tüzel kişilik kurumunun öngörülüş amacına aykırılık teşkil edecektir. Tüzel kişilik kavramının ortaya çıkış süreci incelendiğinde; kurum gerçek kişilerin belirli amaçların gerçekleştirilmesi için gereken teşkilat ve gücü tek başlarına ortaya koyamamaları nedeni ile hukuk düzeninin bir parçası haline gelmiştir³⁵. Öyleyse, öngörülüş amacı gerçek kişilerce hayata geçirilmesi

35 Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*, İstanbul, 1979, s. 6; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, 2014, s. 199.

daha zor olan hedeflerin bir organizasyon çerçevesinde örgütlenmiş topluluklarca gerçekleştirilmesini sağlamak olan tüzel kişiler ile güvene dayalı bir ilişki kurulamayacağını söylemek doğru olmayacaktır. Aksine, hukuken varoluş amacı gerçek kişilerin ulaşamayacağı yahut ulaşmakta zorluk yaşayacağı bir takım hedefleri hayata geçirmek olan tüzel kişilere güven duyulması, en az bir gerçek kişiye güven duyulması kadar olağan ve normal bir durum olarak karşımıza çıkacaktır.

Nitekim bu husus, aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere, hukuk düzenimiz tarafından da kabul edilmiştir. Şirket ile aralarında temeli güven ilişkisine dayanan vekâlet akdi³⁶ bulunan ve ticari temsilciye göre çok daha ağır sorumluluklar taşıyan yönetim kurulu üyelerinin tüzel kişiler arasından seçilebileceği, hatta ve hatta bu tüzel kişinin kanunun izin verdiği ölçüde şirketin tüm temsil ve yönetim yetkisini kullanabileceği gerçeği karşısında, işletme sahibi ile tüzel kişiler arasında güven ilişkisi tesis edilemeyeceğini söylemek kanunun ilgili düzenlemesine de aykırılık teşkil edecektir. Diğer taraftan, yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olan tüzel kişinin ortaklık yapısında yahut yönetiminde meydana gelen değişikliklerin, bu ilişkiyi kendiliğinden sona erdirmeyeceği gerçeği karşısında, tüzel kişinin organlarının değişmesinin bu güven ilişkisini ortadan kaldıracak bir durum yaratacağı da aynı gerekçeler ile savunulamayacaktır.

Doktrinde savunulan bu görüşü eleştiren Kırca ise başka bir yönden konuya yaklaşmış; işletme sahibinin bu tayinin sonuçlarını öngörmesi gerektiğini ve işletme sahibini kendi iradesine karşı korumaya çalışmanın anlamsız olduğunu dile getirmiş, işletme sahibinin ticari temsil yetkisini her zaman geri alma imkânı varken, tüzel kişinin organlarında meydana gelecek değişikliği gerekçe göstererek müesseseyi gerçek kişiler ile sınırlandırmanın anlamsız olduğunu vurgulamıştır. Yazara göre, ticari temsil yetkisinin tüzel kişiye verilmesi karşısında, organ değişiklikleri verilen yetkinin devri anlamına gelmeyecek ve yetkide bir sakatlık oluşturmayacaktır³⁷. Kanaatimizce, Kırca tarafından savunulan bu yaklaşım, kurumun ve ilgili kanunun ruhuna daha uygundur. Gerçekten de kanun gereği basiretli davranma yükümü altında olan işletme sahibinin, bir tüzel

36 “Vekâlet sözleşmesi, tarafların karşılıklı güvenlerine dayanan bir ilişki ortaya çıkarmakta ve bu ilişkiden doğan iş görme borcuna ilişkin hak ve borçlar sıkı surette tarafların kişiliğine bağlı bulunmaktadır.” Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2013, s. 1187. Şirket tüzel kişiliği ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ilişkin olarak bkz: Ayşegül Sezgin Huysal, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, *Doç. Dr. Mehmet SOMER’in Anısına Armağan*, İstanbul, 2006, sa. 365 – 382, s. 376: “Doktrindeki hâkim görüş yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık tüzel kişisi arasındaki bağı vekâlet olarak nitelendirmektedir. Zira yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki güven ilişkisi büyük önem arz eder.”

37 Kırca, s. 84 - 85.

kişiyi ticari temsilci olarak atayacağı sırada tüzel kişide meydana gelecek olan olası değişiklikleri hesaba katması gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki ticari temsilci tayini zorunlu olmayıp, bu atamayı yapan işletme sahibi buna dayalı tüm riskleri de üstlenmiş olmaktadır. Ayrıca, böylesi bir değişiklik sonucunda tacirin ticari temsilciyi görevden alabileceği noktasında da en ufak bir tereddüt bulunmamaktadır.

Öyleyse, tüm bu açıklamalar doğrultusunda; tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını, niteliği gereği güvene dayanan böylesi bir ilişkinin tüzel kişiler ile kurulamayacağı, tüzel kişinin ortaklık yapısında ya da organlarında yaşanacak olan değişikliklerin bu güven ilişkisini sekteye uğratacağı düşüncesinin mevcut düzende daha zayıf kaldığı kanaatine ulaşılabacaktır.

C. İlgili Düzenlemelerde Yer Alan Hükümler Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Konunun Ele Alınması

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, kurumun detaylı olarak düzenlendiği yer olan TBK'da tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmalarını engelleyecek açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İlgili hüküm incelendiğinde, ticari temsilcinin, ticari temsil yetkisi ile taciri temsil etmek üzere, işletme sahibince yetki verilen kişi olduğu görülecektir (TBK m.547/1). Kanunun lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere ticari temsilcinin gerçek ya da tüzel kişi olması kanun hükmü açısından bir önem arz etmemektedir. Nitekim ticari temsilcinin tüzel kişiler arasından atanamayacağını savunan yazarların bir kısmı da bu hususta bir çekince dile getirmemiş, yalnızca kurumun kanunda öngörülüş amacından ve hâkim ilkelerden hareket etmişlerdir³⁸.

Ancak doktrinde *Feyzioğlu*, yorum yolu ile Borçlar Kanunu'ndaki ifadenin yalnızca gerçek kişileri kastettiğini söylemiştir³⁹. Yine benzer şekilde *Domanıç* de şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerden yola çıkarak eBK'daki ilgili hükmün yalnızca gerçek kişi olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁰. Ancak gerek kanun lafzının açıklığı gerekse TTK ile getirilen yeni düzenlemeler, ileri sürülen görüşleri desteklemekten uzaktır. *Karayalçın* tarafından dile getirildiği üzere, konuya ilişkin İBK'da kişi ifadesi ile kastedilenin yalnızca gerçek kişiler olduğu yönünde yapılan yorumlar, Türk Hukuku bakımından bu sonucu haklı göstermeyecektir⁴¹. Öyleyse ileri sürülen görüşlerin aksine, tüzel kişilerin ticari

38 İmregün, s. 120.

39 Feyzioğlu, s. 412 – 413.

40 Domanıç, s. 318.

41 Karayalçın, s. 487 – 488.

temsilci olarak atanmalarına ilişkin TBK açısından bir engel olduğundan bahsedilemeyecektir.

2. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri Kapsamında Konunun Ele Alınması

a. Kanunun Genel Gerekçesi ve Temel Esasları Açısından

Ticari temsil müessesinin amacı doğrultusunda konunun tartışıldığı başlık altında, modern işletme mantığı ve bu mantığın ortaya koyduğu profesyonel yönetim anlayışına ilişkin detaylı açıklamalarımız doğrultusunda; bu anlayışın kaçınılmaz bir sonucu olarak tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanabilmesi gerektiği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Nitekim 6102 sayılı TTK'nın hazırlanma amacı ve dayandığı genel gerekçelerin de bu mantığı, dolayısı ile soruna ilişkin tespitlerimizi teyit eder nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

Türk ticari hayatı ve ekonomisinin hukuk yönünden gelişmesini sağlamak amacı ile eTK'da yer alan hükümlerin değiştirilmesi gerektiği çok uzun süre boyunca savunulmuştur⁴². Bu amaçları gerçekleştirmek üzere⁴³ kurulan komisyon henüz ilk toplantısında, kanunun genel gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kanun çalışmalarına ilişkin bazı temel hedefler belirlemiştir. Bunlardan ilkinin, TTK'nın işletmelerin ticarî ve ekonomik yönden uluslararası rekabet piyasalarında güçlü aktörler olarak çalışmalarına imkân tanıyacak kurum ve sistemlere sahip olmasının sağlanması olduğu açıkça dile getirilmiştir⁴⁴. Genel gerekçede yer verilen ve devam eden açıklamalarda ise, ticaret dünyasının tüm aktörlerinin gereksinimlerine, ilgili çevrelerin beklentilerine cevap verecek yeni kurallara yer verilmesine ihtiyaç duyulduğu, kurumsal yönetim ilkelerine uygun ve ucu gelişmelere açık düzenlemeler yapılması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁵. Bir yönetim sistemini ifade eden ve özellikle şirketler hukukuna ilişkin hemen hemen her düzenlemede kendisine yer bulan kurumsal yönetim kavramı ile yönetimde gerçek bir kurumsallaşmanın ve profesyonelleşmenin sağlanması amaçlanmaktadır⁴⁶.

42 Reha Poroy, "Son Elli yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi", *İÜHF*, 50. Yıl Armağanı, İstanbul, 1973, s. 628. Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul, 2016, s. 2.

43 Bahtiyar, s. 10; F. H. Şehirli Çelik, (İsmail Kırca, Şehirli Çelik, Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, C.1, Ankara, 2013, s. 40).

44 TTK Genel Gerekçe, "(G) Adalet Bakanlığı "Türk Ticaret Kanunu" Komisyonunun Kurulması ve Belirlediği Başlıca Hedefler" Başlığı, No:101, 2. Paragraf

45 TTK Genel Gerekçe, "(G) Adalet Bakanlığı "Türk Ticaret Kanunu" Komisyonunun Kurulması ve Belirlediği Başlıca Hedefler" Başlığı, No:102, 1. Paragraf. Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt II, S.6, sa. 635-652, s.639.

46 Ali Pash, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, İstanbul, 2005, s. 80.

Kanun bu düzenlemeleri sağlayabilmek adına kurumsal yönetim ile ilgili olarak bir taraftan ilkesel ve genel hükümler öngörmüş diğer taraftan ise, çeşitli konularda anılan ilkelere uygun düzenlemeler yapmıştır. Özellikle yönetim kurulunu, hem yapısal hem de işlevsel yönden kurumsal yönetim kurallarını da gözeterek, yeni hükümlerle düzenlemiş; bunu yaparken profesyonel yönetim anlayışını ve gerekliliklerini dikkate almıştır⁴⁷.

Türk Ticaret Kanunu ile getirilen yeniliklerin temelini oluşturan bu kavramlar ile birlikte, modern işletme sisteminde yer bulan profesyonel yönetim anlayışı, iktisadi bir ilke olmanın ötesine taşınmış ve hukuk hayatımızın da bir parçası haline getirilmiştir. Bu durum karşısında, profesyonel yönetim anlayışı ve yönetim sözleşmesi kavramı kapsamında; tüzel kişilerin ticari temsilci olmasının önünde bir engel bulunmadığı noktasında ortaya koyduğumuz tespitler kanunun gerekçesi kapsamında da aynen tekrar edilecek olup, kanunun gerekçesi karşısında, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını savunmanın mümkün olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır.

b. Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Atanabilmelerine İlişkin Düzenleme Açısından

ETK m.312/2'de; "(p)ay sahibi olan hükmi bir şahıs idare meclisi azası olamaz" hükmü yer almakta ve bu hüküm dolayısı ile tüzel kişilerin yönetim kurulunda üye olarak yer almasına müsaade edilmemektedir. Tüzel kişiler, ancak temsilcisi olan gerçek kişileri üye yapmak sureti ile dolaylı olarak yönetim kurulunda yer alabilmekte ve buna bağlı olarak doktrinde söz konusu hükmün, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmasına engel teşkil edeceği ileri sürülmektedir⁴⁸.

Ancak TTK m.359 hükmü ile birlikte aksi yönde bir anlayış benimsemiş ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olma zorunluluğunu ortadan kaldırdığı gibi, tüzel kişilerin doğrudan üye olabilmeleri ve yönetime katılabilmeleri için gerekli hukuki imkân da sağlamıştır. Öyle ki, TTK ile kabul edilen bu anlayış ile birlikte, kurulun devredilemez görev ve yetkileri dışında kalan tüm yetki ve görevler tüzel kişi üyeye bırakılabilecek, yönetim kurulunun yalnızca tüzel kişilerden teşkil

47 TTK Genel Gerekçe, " II Ticaret Şirketleri Kitabı, f) Yönetim Kurulu" Başlığı, No:124. Kanunun ticaret şirketleri kitabının, anonim şirketler kısmında yönetim kuruluna ilişkin yapılan açıklamalar, kanuni düzenlemelerin temelinde kurumsal yönetim ilkelerinin ve profesyonel yönetim anlayışının yattığını bizlere göstermektedir. Bu anlayış genel gerekçede "tasarı, yönetim kurulunu, hem yapısal hem de işlevsel yönden kurumsal yönetim kurallarını da gözeterek, yeni hükümlerle düzenlemiş; bunu yaparken profesyonel yönetimi ve tam şeffaflığı özenle dikkate almıştır." şeklinde dile getirilmiştir.

48 Domaniç, s. 318.

edilmesi mümkün olabilecektir⁴⁹.

Öyleyse, ticari temsilcinin sahip olduğu yetkilerin genişliği ve tacirin tüzel kişinin organlarında yaşanacak olan değişikliklere müdahale imkânı olmaması nedeni ile yalnızca gerçek kişilerin ticari temsilci atanabileceğini savunan görüşlerin, 6102 sayılı TTK döneminde savunulması mümkün gözükmemektedir. Aksine, sorumlulukları ve yetkileri ticari temsilcilere göre çok daha fazla olan yönetim kurulu üyelerinin tüzel kişiler içerisinde seçilebilmeleri, hatta şirketin tek yönetim kurulu üyesi olarak hareket edebilmeleri karşısında, ticari temsilcinin tüzel kişi olabilmesinin önünde bir engel olmadığı görüşü daha kuvvetli bir şekilde savunulabilecektir. Ayrıca tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmelerine ilişkin düzenlemenin temelinde yatan nedenlerden birinin, gerek modern işletme mantığının gerekse TTK'nın temelini oluşturan profesyonel yönetim anlayışı olduğu aşikârdır. Nitekim eski kanun döneminde birlikte düzenleme altına alınan iki zorunluluk, pay sahibi olma ve gerçek kişi olma zorunluluğu, birlikte ortadan kaldırılmış ve pay sahibi olma zorunluluğunun ortadan kaldırılmasına ilişkin madde gerekçesinde düzenlemenin temelinde profesyonel yönetim anlayışının yer aldığı açıkça belirtilmiştir⁵⁰.

c. Kollektif ve Komandit Şirketler Açısından

6102 sayılı TTK m. 211 hükmünde, kollektif şirket; ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla ve gerçek kişiler arasında kurulan şirket olarak tanımlanmıştır. Yine TTK m.304/3 uyarınca komandite ortakların gerçek kişi olmaları gerekir. Söz konusu düzenlemeler karşısında, tüzel kişilerin ortak sıfatını dahi kazanamadığı kollektif şirketlerde ve yalnızca komanditer ortakların tüzel kişilerden oluşabileceği komandit ortaklıkta tüzel kişilerin ticari mümessil olarak atanıp atanamayacağı hususu şüphe uyandırabilir.

Konuya ilişkin doğru cevabın verilebilmesi adına düzenlemelerin altında yatan sebeplerin ortaya konulması gerekecektir. TTK m.124/2 uyarınca kollektif ile komandit şirketler şahıs şirketleri olarak tanımlanmış, kollektif şirkette tüm ortakların, komandit şirkette ise komandite ortakların hiçbirinin sorumluluğunun şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olduğu dile getirilmiştir. Söz konu-

49 TTK m. 359 Gerekçesi, “tek kişilik yönetim kurulları küçük anonim şirketler ile grubu yöneten şirketlere uygun bir araçtır. Hele Tasarıda öngörüldüğü üzere tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabildiği bir sistemde önemli bir anlam kazanmaktadır.”

50 TTK m. 359 Gerekçesi, “Bu madde ile, yönetim kurulu üyelerinin ayrıca, pay sahibi olmalarına ilişkin 6762 sayılı Kanunda öngörülmüş bulunan (gereksiz) zorunluluk kaldırılmıştır. Böylece hem az ortaklı anonim şirketlerde çok üyeli yönetim kurulu oluşturulmasına olanak tanınmış, hem de yapay hile-i şer’iye olan çözümlere başvurulmadan, uzman ve profesyonel yönetim kurullarının kurulabilmesinin yolu açılmıştır.” Yine aynı maddenin gerekçesinde yer alan ilk paragrafta yönetim kurulunun tek kişiden oluşabilmesine ilişkin değişikliğin temelinde de profesyonel yönetim anlayışının yattığı gözükmektedir.

su ortaklar, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malvarlıkları ile üçüncü kişilere karşı sorumludurlar. Bundan dolayı da söz konusu ortakların gerçek kişi olmaları esası kabul edilmiştir⁵¹. Öyleyse söz konusu düzenlemelerin amacı, üçüncü kişi alacaklıların doğrudan ortakların malvarlığına gidebilmelerini sağlamaktır. Konu ticari temsilci açısından değerlendirildiğinde ise ticari temsilcinin şirket alacaklılarına karşı sözleşmesel olarak herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı, yapılan işlemlerin tamamının tacirin ticaret unvanı altında ve tacirin adına yapıldığı, öyleyse ticari temsilcinin tüzel ya da gerçek kişi olmasının üçüncü kişi alacaklı açısından bir önem arz etmediği sonucuna ulaşılabacaktır.

Tüzel kişilerin kolektif ve komandit ortaklıklarda ticari temsilci olarak atanıp atanamayacağına ilişkin tartışmanın cevaplanabilmesi adına TTK m.318/2 ve m.321/1 hükümlerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK m.318/2 uyarınca; komanditer ortaklar, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamazlar. Ancak, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, komanditer ortak ticari mümessil olarak atanabilir. Yine TTK m.321/1 uyarınca, ticari mümessil, olarak hareket ettiğini açıkça bildirmeksizin, şirket adına işlemlerde bulunan komanditer ortak, bu işlemler nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı komandite ortak gibi sorumlu olacaktır. Daha önce değindiğimiz üzere, gerçek kişi olma zorunluluğu yalnızca komandite ortaklar için aranan bir zorunluluk olup, komanditer ortakların tüzel kişi olmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda, kanunun ticari temsilci olmasına icazet verdiği ortaklar arasında tüzel kişilerin de bulunduğu ilgili düzenlemeler kapsamında açıkça ortaya konulmaktadır⁵².

51 Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, 2016, s. 200; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, Bursa, 2013, s. 148. Mevaz kanun olan İsviçre Borçlar kanunu incelendiğinde benzeri bir düzenlemenin burada da yer aldığı ve tüzel kişilerin kolektif şirketlere ortak olamayacaklarının düzenlendiği görülecektir. (Art. 552/1) (<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201607010000/220.pdf>). Alman hukukunda ise böylece bir sınırlama mevcut değildir. Tüzel kişiler kolektif şirket ortağı olabilmektedir. Michael Wendler, Bernd Tremml, Bernard Buecker, *Key Aspects of German Business Law*, 2008, s. 24; Frank Wooldridge, "The General Partnership in German Law", *Amicus Curiae - Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, Issue 79 Autumn 2009, sa. 1 - 11. (<http://dx.doi.org/10.14296/ac.v2009i79.1208>).

52 "TTK 318/II'ye göre komanditerler, aksine hüküm bulunmadıkça ticari mümessil olarak atanabilir. TTK 304/III'e göre tüzel kişilerin komanditer ortak olmasına kanun koyucu izin verdiği için, dolaylı olarak onların ticari temsilci olarak atanmasına da cevaz verildiği savunulabilir. Hatta bunun genelleştirilerek, tüzel kişilerin ticari temsilci atanabilmesini kanun koyucunun dolaylı da olsa kabul ettiği ileri sürülebilir. Ancak kanun koyucunun kanaatimce burada ticari temsilcilik özelliğini pek dikkate almadan bu kuralları getirdiği söylenebilir. Bu nedenle söz konusu kurallara rağmen tüzel kişiler ticari temsilci olmamalıdır." Şener, s. 62 - 63. Açık kanuni düzenlemeler karşısında, yazar tarafından ileri sürülen gerekçenin tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmaları hususunda engel teşkil edeceğini söylemek kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

3. Ticaret Sicili Yönetmeliği Kapsamında Konunun Ele Alınması

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme de 27.01.2013 tarihli ve 28541 No.lu Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmeliğin 47. maddesi uyarınca; ticari temsilcilerin tescilli esnasında, ticari temsilcinin adı ve soyadı, kimlik numarası, yerleşim yeri ve temsil yetkisi ile varsa temsil süresi, temsil yetkisine ilişkin belgenin tarihi ve sayısı gösterilmelidir. Bu düzenleme karşısında ticari temsilcinin mutlaka adı, soyadı, kimlik numarası bulunması gereken bir gerçek kişi olması gerektiği gibi bir izlenim yaratılmıştır. Ancak bu hükümden yola çıkarak tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacaklarını ileri sürmek kanaatimizce mümkün değildir.

Öncelikle, çalışmamızın bu aşamasına kadar tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanabilmelerine ilişkin ortaya konulan tüm gerekçeler aynı şekilde bu düzenleme karşısında da geçerliliğini korumaktadır. Bunun yanı sıra, her ne kadar yönetmeliğin 47. maddesinde böyle bir ifadeye yer verilmişse de, yine aynı yönetmeliğin m.70/3-f düzenlemesinde “*yönetim kurulu üyeleriyle şirketi temsile yetkili kimselerin adı ve soyadı, unvanı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı*”nın da tescil edilmesi gerektiği dile getirilmiştir. Bu doğrultuda, şirketi temsile yetkili olduğu hususunda hiçbir şüphe bulunmayan ticari temsilcinin ticaret unvanının düzenleme kapsamında tescil edilebileceği açıkça öngörülmektedir. Öyleyse, anonim şirketlere ilişkin bu düzenlemede olduğu gibi, Yönetmeliğin ilgili hükmünün varsa ticari temsilcinin adı ve soyadı yahut ticaret unvanı şeklinde yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Kaldı ki, Yönetmelikte yer alan söz konusu hükmün böylesi bir sınırlamayı getirmiş olduğu varsayımında, ilgili düzenleme normlar hiyerarşisine aykırı olması sebebi ile dikkate alınamayacaktır. Anayasamızın 124. maddesi uyarınca yönetmelikler başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarabilirler. Yönetmeliğin dayanağını oluşturan TTK madde 26 hükmü incelendiğinde söz konusu düzenlemede yönetmeliğin ticaret sicili müdürlüğünün kurulması, sicil defterlerinin tutulması, tescil zorunluluğunun yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi, sicil müdürlerinin kararlarına karşı itiraz yollarının düzenlenmesi, sicil müdür ve yardımcıları ile diğer personelde aranacak niteliklerin gösterilmesi, disiplin işleri ile bu konuyla ilgili diğer esas ve usullerin hüküm altına alınması amacı ile çıkartılacağı açıkça belirtilmiştir. Söz konusu Yönetmelik hükmü, konumuz kapsamında değerlendirildiğinde ise; ticari temsilcilerin tesciline ilişkin Yönetmelik ile getirilen düzenlemenin, kanun ile kendisine verilen sınırların dışına çıktığı, yalnızca tescile ilişkin usul ve esasları düzenlenmesi ile yetinilmesi gereken Yönetmelik hükmü-

lerinde, kanunda öngörülmeleyen bir sınırlandırmanın getirildiği, hatta ve hatta TTK'nın 318/2. ve 321/1. maddeleri ile açıkça izin verdiği bir hususun Yönetmelik düzenlemesi ile yasaklandığı görülecektir. Öyleyse tüm bu izahatlar karşısında kanuna aykırı yönetmelik hükmüne dayanılarak tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacağı ileri sürmek mümkün olamayacaktır.

Tüzel kişilerin ticari temsilci olarak ticaret siciline tescili hususunda tartışılması gereken bir diğer husus ise; bir tüzel kişinin yönetim kuruluna üye seçilmesi durumunda, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişinin de tescil ve ilan edileceğini öngören TTK m.359/2 hükmünün tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmaları durumunda uygulama alanı bulup bulamayacağı ve tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmaları halinde bir gerçek kişinin de tüzel kişi ile birlikte tescil edilip edilemeyeceği sorundur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ticaret siciline tescil ancak kanun tarafından öngörülen hallerde gündeme gelebilecek ve bir hususun, kanunun öngördüğü haller dışında ticaret siciline tescili hukuken bir sonuç doğurmayacaktır (Yönetmelik m.34/1-a). Öyleyse tüzel kişilerin ticari temsilci olarak tescil edilmeleri durumunda bir ya da daha fazla gerçek kişinin ticaret siciline ayrıca tescil edilmesi yalnızca bu yönde açık bir hükmün varlığı ile mümkün olabileceken, mevcut düzenlemeler karşısında TTK m.359/2 hükmünün kıyasen uygulanması sureti ile böylesi bir tescilin yapılabileceğinden söz etmek doğru olmayacaktır.

Soruna doğru cevap verilebilmesi adına, TTK m.359/2 hükmünün gerekçesinin de incelenmesi gerekmektedir. Madde gerekçesi incelendiğinde, tüzel kişinin yanı sıra bir gerçek kişinin de tescil edilmesinin temel gerekçesinin tüzel kişinin üyeliğinin gerçek kişi vasıtası ile somutlaştırılması ve bu sayede kurulun çalışmalarını sekteye uğramadan devam ettirebilmesi olduğu görülmektedir⁵³. Öyleyse asıl olarak yönetim kurulunun çalışma esas ve usulleri dikkate alınarak getirilen bu düzenlemenin tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmaları durumunda kıyasen de olsa uygulanabileceğini söylemek kanunun gerekçesi göz önüne alındığında mümkün gözükmemektedir.

Bu bağlamda, tüzel kişi ticari temsilci ayrıca bir gerçek kişiyi tayine etme zo-

53 TTK m.359/2 Gerekçesi: "Tüzel kişi yönetim kuruluna bizzat gelemeyeceği için toplantıya katılacak olan gerçek kişi onun tarafından belirlenir ve onun adına tescil ve ilân olunur. Toplantılara anılan gerçek kişi katılıp oy kullanır. Kullanılan oy tüzel kişindir. Tescil, tüzel kişinin üyeliğini söz konusu gerçek kişinin kişiliğinde somutlaştırıp belirgin konuma getirmekte ve bu yönden kurucu bir etkiye sahip bulunmaktadır. İlan ise bunu üçüncü kişilere bildirir. Ayrıca tescil ve ilân keyfiyeti şirketin web sitesinde de yayımlanır. Belirleme, tüzel kişinin kurula her toplantıda farklı kişileri yollayarak kurulun çalışmasını ve istikrarını bozmasına engel olmak amacıyla yöneliktir."

runluluğu olmaksızın sahip olduğu temsil yetkisini kendi organları vasıtası ile görev tanımına uygun olarak her zaman kullanabilecektir. Ancak kanunda konuya ilişkin olarak yapılacak olan bir düzenleme ile TTK m.359/2 de öngörülene benzer bir yöntemin benimsenmesi mümkün olabilecektir.

Sonuç

Tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanıp atanamayacağına ilişkin tartışmalar, kurumun hukuk düzenimize girdiği günden beri devam etmekte ve bugüne kadar doktrinde ortaya konulan görüşlerin önemli bir kısmı böylesi bir tayine karşı çıkmaktadır. Bu hususta olumsuz görüş bildiren yazarlar görüşlerine gerekçe olarak kurumun öngörülüş amacını, ilişkinin tarafları arasındaki güven ilişkisini ve kanuni düzenlemeleri göstermektedir.

Söz konusu gerekçeler ayrı ayrı değerlendirildiğinde; kurumun öngörülüş amacı olan işletme sahibinin iş yükünü hafifletmek ve işletmenin yönetilmesini kolaylaştırmak amaçlarının günümüz ekonomik şartlarında ancak profesyoneller eli ile gerçekleştirilebileceği, bu durumda ise tüzel kişi profesyonellerden yardım ve destek almanın önüne engel çekilmesinin bizzat kurumun öngörülüş amacına aykırılık teşkil edeceği tespit edilmiştir. Benzer bir şekilde ileri sürülen görüşlerin aksine, basiretli davranmakla yükümlü olan işletme sahibinin özgür iradesi ile tayin ettiği tüzel kişi ile arasında güven ilişkisi kurulamayacağını ileri sürmenin de kanuni düzenlemeler ile çelişkili bir yaklaşım olacağı, bir çok noktada kanunun ve ilgili mevzuat hükümlerinin bu hususa cevaz verdiği görülmüştür. Son olarak mevzuat hükümlerinde yer alan düzenlemelerde açık bir yasaklamanın bulunmadığı, hatta 6102 sayılı TTK ile benimsenen anlayış çerçevesinde önünün sonuna kadar açıldığı profesyonel yönetim anlayışı çerçevesinde getirilen örnek düzenlemeler ile bu hususun desteklendiği, Yönetmelik'te yer alan hükmün kanunun açık düzenlemeleri karşısında tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmasına engel teşkil etmeyeceği sonuncuna ulaşılmıştır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmalarının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmadığı, doktrinde ileri sürülen görüşlerin güncel gelişmeler karşısında eskiden olduğu gibi yoğun bir şekilde savunulmasının zorlaştığı, aksine gerek modern işletme mantığı gerekse de kanuni düzenlemelerin söz konusu tayini teşvik ettiği kanaatine ulaşılmıştır.

KAYNAKLAR

- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2015.
- Arslanlı, Halil, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, İstanbul, 1960.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 2015.
- Beckett, Eric, *Manuel of German Law*, London, 1950.
- Bilgili, Fatih, “Tüzel Kişilerin Ticari Temsilciliği – Berlin Yüksek Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *TBB*, 2004, S.50, sa. 37 - 43.
- Bilgili Fatih / Demirkapı Ertan, *Şirketler Hukuku*, Bursa, 2013.
- Birsnel, Mahmut Tevfik, “Ticari Müessil Tarifinde Şahsi Unsur” *BATİDER*, C. II, S. 1, 1963, sa. 1 - 13.
- Domaniç, Hayri, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, 1988.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, 2014.
- Feyzioglu, Fevzi Necmeddin, “Ticari Müessiller ve Diğer Ticari Vekiller” *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan*, İstanbul 1978, sa. 407 - 443.
- Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*, İstanbul, 1979.
- Holmes, Elmes.R, “Apparent Authority And Undisclosed Principal Under German Law” *California Western International Law Journal*, Vol.4, Issue.2, Spring 1974, sa. 340-373.
- Hutzschenreuter J, *Management Control İn Small And Medium-Sized Enterprises - Indirect Control Forms, Control Combinations And Their Effect On Company Performance*, Wiesbaden, Gabler, 2009.
- İmregün, Oğuz, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler- Ortaklıklar- Kıymetli Evrak)*, İstanbul, 1992.
- Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku Dersleri - Ticari İşletme*, Ankara, 1960.
- Kendigelen, Abuzer, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul, 2016.
- Kenneth A. Potocki / Richard C. Brocato: “A System of Management for Organizational Improvement”, *Johns Hopkins Apl Technical Digest*, Volume 16, Number 4, 1995, sa. 402-412.
- Kırca, İsmail, *Ticari Müessillik*, Ankara, 1996.
- Kırca, İsmail / Şehirali Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku*, C.1, Ankara, 2013.
- Kubr, Milan, *Management Consulting A Guide to the Profession, International Labour Office*, Geneve, 2010.
- Mimaroglu, Sait Kemal, *Ticaret Hukuku İşletme Hukuku*, Ankara, 1970.
- Moroğlu Erdoğan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul, 2016.
- Muller-Freienfels, Wolfram, “Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty”, *The American Journal Of Comparative Law*, Vol.13, Issue.2, Spring 1964, sa. 193 - 215.
- Neil, Shilling, *Harvard International Law Club Journal*, Vol.6, Issue 1, Winter 1964, sa. 1 - 71.
- Öz, Turgut, *Yönetim Sözleşmesi*, İstanbul, 1997
- Pash, Ali, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, İstanbul, 2005
- Poroy, Reha / Yasaman Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2012.

- Poroy, Reha, “Son Elli yılda Türkiye’de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi”, *İÜHF*, 50. Yıl Armağanı, İstanbul, 1973.
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, 2016.
- Raiser, T.: “The Theory of Enterprise Law in the Federal Republic of Germany”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 36, No. 1 (Winter), 1988, sa. 111 - 129.
- Sezgin Huysal, Ayşegül, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, *Doç. Dr. Mehmet SOMER’in Anısına Armağan*, İstanbul, 2006, sa. 365 - 382.
- Şener, Oruç Hami, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*, Ankara, 2015.
- Tekil, Fahiman, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 1990.
- Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt II, S.6, sa. 635 - 652.
- Ülgen, Hüseyin / Teoman, Ömer / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Fusün, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2009.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Fusün, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2015.
- Villa, Glanluca La, “The Validity of Company Undertakings and the Limits of the E.E.C. Harmonization” *Anglo- American Law Review*, Vol.3, Issue.3, 1974, sa. 346 - 356.
- Wendler, Michael / Tremml, Bernd / Buecker, Bernard, *Key Aspects of German Business Law*, Berlin, 2008.
- Wooldridge, Frank, “The General Partnership in German Law”, *Amicus Curiae - Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, Issue 79 Autumn 2009, sa. 1 - 11. (<http://dx.doi.org/10.14296/ac.v2009i79.1208>, E.T. 3.10.2016).
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2013

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen ticari temsilci; işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi olarak tanımlanmış, ancak bu kişinin tüzel kişi olup olmayacağına ilişkin detaylı bir düzenleme yapılmamıştır. Bu hususta bir açıklama yapılmaması ve ticari temsilcilik kurumunun kendine has düzenlemeleri, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanıp atanamayacağı hususunda doktrinde farklı görüşlerin doğmasına yol açmıştır. Çalışmamızda, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanıp atanamayacağı sorunu; doktrinde ortaya konulan görüşler ışığında, modern işletme mantığının yanı sıra 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile benimsenen genel ilkeler ve ilgili özel düzenlemeler göz önüne alınarak değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Ticari temsilci, Tüzel kişi, Profesyonel yönetim; Tüzel kişilerin yönetim kurul üyeliği

İstanbul Medipol Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Dipnotlarda yazarın adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Dipnotta yer alan kitap, dergi ve ansiklopedi ismi italik yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
4. Yazı başlığının ve en az 150 en çok 200 sözcükten oluşan özetiyle birlikte yazının içeriğini aktaran beşer tane anahtar kelimenin Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Kaynakçada yer alan eserler, Times New Roman karakterinde, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Kaynakçada yer alan eserlerde; yazarın soyadı ve adı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Kaynakçada yer alan eser ismi, ansiklopedi ismi ve dergi ismi italik harflerle yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olduğu saptanan yazılar, hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Yazı, aşağıda belirtilen e-posta adreslerine Word formatında yayım ilkelerinde belirtilen kurallara uygun olarak gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

sogut@medipol.edu.tr

mcattik@medipol.edu.tr