



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

Cilt : 7 – Sayı : 1
Ocak – Haziran 2016

Vol. : 7 – No : 1
January – June 2016



Directory of Research Journals Indexing



WZB
Elektronische Zeitschriften



Cardiff Index to Legal Abbreviations

2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2015 yılından geçerli olmak üzere ile **InfoBase Index** tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2015-16 yılından geçerli olmak üzere ile **International Scientific Journal** tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2010 yılından itibaren **Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung WZB** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

All rights reserved. No parts of the İnönü University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the İnönü University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the İnönü University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukuk

www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler-Editors

Doç. Dr. Tamer BUDAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Yrd. Doç. Dr. Joseph ZAND İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ceren SOYDAN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Volkan MAVİŞ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt	School of Law, University of Exeter, United Kingdom
Prof. Dr. Alan C. Neal	School of Law, University of Warwick, United Kingdom
Prof. Dr. Neil Boister	School of Law University of Canterbury, New Zealand
Prof. Dr. Thom Brooks	School of Law, Durham University, United Kingdom
Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney	Faculty of Law, University of Calgary, Canada
Prof. Dr. Hakan Karan	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta	Atlanta's John Marshall Law School, USA
Prof. Dr. Jason Chuah	School of Law, City University London, United Kingdom
Prof. Dr. Jean Allain	School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zheng Sophia Tang	School of Law, Newcastle University, United Kingdom.
Prof. Dr. Maurizio Borghi	School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.
Prof. Dr. Tomoya Obokata	School of Law, Keele University, United Kingdom.
Prof. Dr. Petra Butler	Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand
Doç. Dr. Tamer Budak	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayri Keser	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. K.Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet ÖZCAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Tekin MEMİŞ	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. İbrahim ERMENEK	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Oğuz S. AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Serkan AYYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Mete ERDEM	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Josaph ZAND	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayım yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The submissions must be delivered in both printed and electronic formats. The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
The articles may also be sent to the editorial board via hukuk@inonu.edu.tr.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.
Example: Inonu University, School of Law
11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER

Zafer AKKUŞ – Tamer EFE Doğal Çevre Felaketlerinin Suça Etkisi	1-24
M. Murat AKTAŞ Ticari İşletme Menkul Kıymetleştirilmesi	25-64
Aslı ARAS Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki	65-86
Mesut AYGÜN – Cansu KAYA Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm olarak Yerel Entegrasyon	87-142
Ezeli AZARKAN Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması	143-184
Makbule BEKCAN Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin AB Grup Muafiyet Rejiminde Başlıca Değişiklikler ve Türkiye Uygulaması	185-218
Elif ÇELİK Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu	219-246
R. Cengiz DERDİMAN – Nihal TATAROĞLU Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri ..:	247-294
Mete ERDEM BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi: Hukuksal ve Kurumsal İnceleme	295-350
Zeynep DÖNMEZ 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları	351-380
Ünsal DÖNMEZ Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Hâlleri	381-406
Neslihan GÖKTÜRK Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon	407-450
Yakup GÖNEN Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası ile Karşılaştırılması	451-478

Zafer KAHRAMAN	
Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası	479-510
Kadir Berk KAPANCI	
Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)	511-552
Ayşe KILINÇ	
Anayasa Mahkemesi'nin 17.06.2015 Tarihli Kararının İcra Hukuku'na Hakim İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi	553-578
Alper UYUMAZ – Yasemin AVCI	579-638
Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması	
Şerife YILDIZ AKGÜL	639-676
Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği	
Ufuk YEŞİL	
Hüküm Uyuşmazlığına Başvuru Bireysel Başvuru Açısından Tüketilmesi Gereken Bir Yol mudur?	677-720
(Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi)	

CONTENTS

Zafer AKKUŞ – Tamer EFE	1-24
The Effects of Natural Environmental Disasters on Crime	
M. Murat AKTAŞ	25-64
Whole Business Securitization	
Ashı ARAS	65-86
Competence and Venue in Non-Contentious Jurisdiction	
Mesut AYGÜN – Cansu KAYA	87-142
The Local Integration as a Durable Solution in Foreigners and International Protection Law	
Ezeli AZARKAN	143-184
Turning Points in The Recognition of States: Badinter Commission and Kosovo’s Declaration of Independence	
Makbule BEKCAN	185-218
The Major Changes in The EU Block Exemption Regime for Technology Transfer Agreements and Turkey’s Application	
Elif ÇELİK	219-246
The un Convention on Rights of Persons With Disabilities in a Decade and The Spirit of The Convention	
R. Cengiz DERDİMAN – Nihal TATAROĞLU	247-294
The Harmonization Issue of State Surveillance With Human Rights and Solution Offers	
Mete ERDEM	295-350
BRICS Contingent Reserve Arrangement: A Legal and Institutional Study	
Zeynep DÖNMEZ	351-380
Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and the Effects on Turkish Law in the Field of Distance Contracts	
Ünsal DÖNMEZ	381-406
Liability of Defective Pharmaceutical Products and Special Liability Regimes Under Turkish and German Pharmaceutical Law	
Neslihan GÖKTÜRK	407-450
The Function of the “Illegality” Which Stated in The Legal Definition of the Offence:	
Yakup GÖNEN	451-478
A Comparison of Prosedure and Term of Litigations in Full Remedy Actions With Action for Damages That Arise From TortiousActs From The Perspective of Right to Legal Remedies	

Zafer KAHRAMAN	
Consent of The Patient to Medical Intervention in Relation to Civil Law	479-510
Kadir Berk KAPANCI	
Influence of Penal Courts 'Decisions on Civil Courts' Decisions (Art.74 of the Turkish Code of Obligations).....	511-552
Ayşe KILINÇ	
The Evaluation of Constitutional Court Decision Dated 17.06.2015 in Terms of Prevelant Principles of Execution Law	553-578
Alper UYUMAZ – Yasemin AVCI	579-638
Termination of Pregnancy in Turkish Law	
Şerife YILDIZ AKGÜL	639-676
Functions of Local Governments and Industrial Parks Example	
Ufuk YEŞİL	
Whether a Request for Conflict of Judgments is a Remedy to Exhaust in Terms of Individual Application?	677-720
(The Review of the Judgment of the Constitutional Court)	

DOĞAL ÇEVRE FELAKETLERİNİN SUÇA ETKİSİ

Zafer AKKUŞ*
Tamer EFE**

Özet

Doğal çevrenin değişik zamanlarda maruz kaldığı felaketler, binlerce/milyonlarca canlının ölmesine ve/veya yaralanmasına neden olurken beraberinde yaşam ortamlarında bulunan her türlü yapı/yapılara geçici/sürekli tahribatlar bırakmıştır/bırakmaktadır. İnsanoğlunun doğal çevreye bilinçli/bilinçsiz müdahaleleri ile dünya gittikçe savunmasız bir hale dönüşmeye başlamıştır. Kendini koruma olgusundan insan faktörü ile uzaklaşan dünya, tarihsel süreç içerisinde birçok doğal felaketin yaşandığı gezegen olmuştur/olmaktadır. Doğal felaketlerin yaşandığı yerler beraberinde güvenlik sorunlarını da ortaya çıkarmaktadır. Suç işleme potansiyeli (gizilgüç) olan birey/bireyler afetlerde maddi/manevi zarar görmüş canlıların/cansızların yaşadığı çevrelerde suça yönelik girişimlerde bulunabilmektedir. Bu çalışmada, suç teorileri (birey - hedef - suç) kapsamında doğal çevre felaketlerinin suça etkisi/etkileri konusu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Doğal felaket, Suç, Suç Teorileri, Birey

THE EFFECTS OF NATURAL ENVIRONMENTAL DISASTERS ON CRIME

Abstract

Disasters,-which natural environment suffered at different times-, while causing injuries and deaths of thousands of living creatures , additionally left temporary or permanent devastations to structures found in all kinds of habitats. World has begun to transform more and more into a vulnerable state with man's conscious/unconscious interventions to the natural environment. In the historical process, it has been a planet where many natural disasters occurred, after moving away from the self-protection fact because of human factor. The places where natural disasters occurred are subject to security problems as well. The individuals with criminality potential tend to crimes in environment where living or non-living creatures has been damaged physically or spiritually because of natural disasters. In this study, the impact/s of natural environmental disasters within the scope of the theory of crime (individual - target - crime) will be discussed.

Keywords: Natural disasters, Crime, Crime theories, Individual.

* Dr, 3.Sınıf Emniyet Müdürü, Elazığ Emniyet Müdürlüğü

** Dr, Emniyet Amiri, Malatya Emniyet Müdürlüğü

Giriş

İnsan etkisi olmaksızın aniden meydana gelen doğal çevre felaketleri yaşanan süreçte insan, toplum ve fiziksel ortamları olumsuz etkilemektedir. İnsan merkezli bir yaklaşımla çevreye hâkim olan insanoğlu bilimsel ve teknolojik yönden uzayda/gezegenlerde araştırma/inceleme yapma imkân ve yeteneğine sahip olmasına rağmen doğal nedenlerden dolayı oluşan felaketleri önceden algılama ve refleks gösterme yetisine sahip değildir.

Çevre merkezci yaklaşımların insan merkezci yaklaşımlara göre son 40-50 yıl içerisinde teori ve pratikte ön plana çıkmasına rağmen mutabık kalınan uluslararası anlaşmalara her ülkenin imza atmaması veya imza atılanların bazı maddelerine ise yeterince uyulmadığı görüşü bilim dünyasında yaygındır. Çevreyi koruyan ve/veya merkeze alan anlayışın kabul görmesi uygulamada doğal çevreye verilen zararını önleme konusunda yeterli olduğu söylenemez.

Foster'a göre insanlık, doğal çevresi ile olan ilişkisinde ciddi bir noktada bulunmaktadır. Dünya insani nedenlerden dolayı hızla yaşanılmayacak düzeye doğru ilerlerken yapılan tahribatlar ile yıkıma gitmiştir/gitmektedir. İnsan odaklı yapılan yıkımlar, hem doğayı hem de bir bütün olarak ekolojik düzenin gelişimini ve geleceğini baskı altına almıştır/almaktadır¹.

Çevrenin insan eliyle ve/veya doğal nedenlerden dolayı zarar gördüğü felaketlerin/afetlerin bütünü sonuçta insana ve diğer canlı/cansız varlıklara maddi/manevi zararlar vermektedir. Bu felaketlerin doğal olanları arasında; deprem, volkanik patlamalar, kasırga, tayfun, çığ düşmesi, siklon, tsunami, kuraklık, aşırı soğuklar, sel baskını, fırtına, toprak kayması, salgın hastalıklar, doğal çevre yangınları vb. bulunmaktadır. Sera gazlarının salınımının meydana getirdiği küresel ısınma ve buzulların erimesinin de etkisi ile özellikle 20. ve 21. yüzyılda arda arda yaşanan çevresel doğal felaketlerin yaşandığı bölgelerde ciddi güvenlik sorunlarını da beraberinde getirmiştir/getirmektedir.

Felaketlerin meydana geldiği yerleşim yerlerinde güvenlik problemlerinden istifade eden/etme düşüncesinde olan birey/bireylerin

¹ Foster, J., B., “Savunmasız Gezegen Çevrenin Kısa Ekonomik Tarihi”, (Çeviren: Hasan ÜNDER), Ankara, EPOS Yayınları, 2013, s:11.

“fırsat suç doğurur” anlayışı ile teşebbüs veya eyleme yönelik yaptığı davranışlar suçun oluşumunda önemli rol oynamaktadır. Suçu tetikleyen afetler birey-suç ilişkisinin nirengi noktasını oluşturmaktadır.

Doğal afetlerin insanların yoğunlukta yaşadığı büyük ve karmaşık kentlerde meydana gelmesi durumunda; kurtarma, barınma, sağlık, gıda, sosyal ve psikolojik yönden yardım ve güvenlik ihtiyaçlarının karşılanması belirli bir zaman almaktadır. Ülkelerin gelişmişlik düzeyine göre afet ve kurtarma birimlerinin hızlı ve profesyonelce çalışmaları afetlerdeki can ve mal kayıplarının mikro düzeye indirgenmesinde önemli rol oynamaktadır. Felaketlerden güvenlik kuvvetlerinin etkilenme seviyesine göre farklı yerlerden gelen/gelecek destek kuvvetler ile birlikte kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi ve suç öncesi tedbirlerin/yapılacak işlemlerin öncelikle alınması acil durum yönetiminin/idaresinin daha pragmatik/etkin/sürdürülebilir olarak uygulanmasını kolaylaştıracaktır.

Araştırmanın Yöntemi

Birey-suç ilişkisinde afetlerin oluşturduğu güvensizlik ortamının önemli rolü bulunmaktadır. Doğal afetlerde oluşan güvensizlik ortamından istifade eden/etme niyetinde olan kişi/kişiler suça teşebbüs edebilirler/suç işleyebilirler varsayımından hareketle bu çalışmada; ulusal/uluslararası literatür taraması ve yapılan mülakatlar ile interdisipliner anlayış çerçevesinde keşfedici türde niteliksel bir çalışma yapılmıştır.

Doğal çevre felaketleri güvenlik/güvensizlik bağlamında betimlenmiş, suç teorileri kapsamında etkileri değişik ülkelerde yaşanan olaylardan alınan örneklerle desteklenmiştir. Çalışmanın güvenlik birimlerinin ve personelinin doğal nedenlerden dolayı meydana gelen felaketlerden sonra icra ettikleri/edecekleri görevlerinde birey-hedef-suç bağlamında bir farkındalık yaratmaya katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde felaket ve suç kavramının değişik tanımlamaları yapılmıştır. Doğal çevre felaketleri ve etkileri ikinci bölümde, doğal felaketlerde güvenlik sorunsalı ve suça etkisi üçüncü bölümde incelenmiştir. Suç teorileri dördüncü bölümde ve Doğal felaketlerde suça yönelim beşinci bölümde anlatılmıştır. Araştırmada incelenen konular, yapılan mülakatlar ve elde edilen verilerin genel değerlendirmesi sonuç bölümünde aktarılmıştır.

1. Felaket ve Suç Kavramı

Canlı ve cansız varlıkların yaşadığı ekosistemde doğrudan/dolaylı olarak doğal nedenlerden dolayı veya insan müdahalesi neticesinde çevresel ortamda meydana gelen fenomenin maddi ve manevi olarak oluşturduğu yıkım ve zarar felaket (afet) kavramı olarak adlandırılmaktadır.

Bir başka tanımlamada afet (felaket); “Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan, etkilenen toplumun baş etme kapasitesinin yeterli olmadığı doğa, teknoloji veya insan kaynaklı olay” olarak tanımlanmakta ve “felaket bir olayın kendisi değil, doğurduğu sonuçtur” şeklinde ifade edilmiştir².

Krishnamoorthy’ya göre temel yaşam süreçleri ve faaliyetlerine erişimi engelleyen her şey, felaket olarak tanımlanmaktadır³. Felaket (afet) doğanın etkisiyle meydana gelen olayların neden olduğu yıkımlar ve tahribatlardır. İnsan ve diğer canlılar için fiziksel kayıplara sebep olan, sosyal, psikolojik ve ekonomik zararlar veren, yaşamı ve hayatın devamlılığını sağlayan faaliyetleri geçici/sürekli olarak kesintiye uğratan ve ani gelişen olaylardır.

Beccaria “Yasalar, birbirinden ve ayrı yaşayan insanların toplum halinde yaşamalarını, birleşmelerini sağlayan koşulları belirler.”⁴ ifadesini kullanırken toplumsal sözleşmeyi (yasayı) çiğneyen kişilerin suç işlediklerini vurgular⁵.

Suç, yasalar ile birey/bireyler tarafından yapılması halinde ceza (hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezaları, kamu haklarından mahrumiyet vb.) sorumluluğu gerektiren davranışlar ve hareketler olarak tanımlanabilir. Devletin soyut/somut olarak kendisini/organlarını, bireyi

²Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2014, s: 23.

³Krishnamoorthy, D., “Disaster Recovery Planning”, The 4th International Workshop on Independent Verification & Validation of Software, Nasa IV & V Annual Workshop, 2012, s: 3.

⁴Beccaria, C., “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, (Çeviren: Sami Selçuk), Orijinal Adı: Dei delitti e delle pene 1764, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, , s: 25.

⁵Beccaria, C., a.g.e. s: 32.

ve toplumu korumak ve güvenliğini sağlamak amacıyla oluşturduğu kurallara/normlara uymayanların işledikleri fiillere de suç denilmektedir.

Bentham'a göre sadece başkalarına verilen zararların suç olması gerekir⁶. Durkheim'a göre⁷ suç olgusu sadece belirli toplumlarda değil toplumların çoğunluğunda bulunmaktadır/ yaşanmaktadır. Suç sorunu ile karşı karşıya olmayan toplum yoktur⁸.

Suç toplumsal bir olgudur. Suç sosyal düzenin bozulmasıdır. Suç sosyal düzensizliğin birey ve topluma yansımalarıdır. Beccaria'ya göre topluma zarar veren her suç ferdi bile olsa kamu düzenini bozmaktadır⁹.

2. Doğal Çevre Felaketleri ve Etkileri

Dünya tarihinde artan nüfuslarını beslemek için ormanlarını yok ederek tarım arazisi haline getiren Maya uygarlığı da çevre kaynaklarının aşırı ve bilinçsiz tüketilmesiyle büyük çevresel felaket yaşayan bir toplumdur. M.S. 250-750 yılları arasında yükselme dönemini yaşayan Maya uygarlığında tapınak ve yolların inşası için büyük miktarda ağaçların kesilmesi erozyonu artırmış ve toprakların verimsizleşmesine yol açmıştır.

Toprakların verimsizleşmesi ile tarım ürünlerinde problemler ortaya çıkmış, besin miktarının azalması beraberinde beslenme sorunlarını da getirmiştir. Önemli çevresel felaketler arasında kabul edilen erozyon neticesinde de azalan gıda ürünlerine bağlı olarak toplum içinde çekişmeler/suç olayları artmış ve Maya uygarlığının çöküşü de hızlanmıştır. Benzer olaylar bugün de yaşanmaktadır¹⁰.

Dünyada yaşanan depremler, seller, volkanik patlamalar, iklim değişiklikleri, sıcaklıkların artması, buzulların erimesi, fırtınalar, tsunami, erozyonlar, yangınlar ve doğal bitki örtüsünün değişim göstermesi gibi çevreyi ve içinde bulunan canlı/cansız varlıkları tehdit eden felaketler

⁶The Sage Dictionary of Criminology, McLaughlin, E., and Muncie, J. (Eds.). London, Thousand Oaks, Sage Publication, New Delhi, 2001, s: 59.

⁷Durkheim, E., (1938/ 1895), *Rules of Sociological Method*, New York: Free Press, s:6.

⁸Gabbidon, S., L., "Criminological perspectives on race and crime", Third Edition published, 2015 by Routledge 711 Third Avenue, New York, NY 10017 and by Routledge 2 Park Square Milton Park, Abingdon, Oxon, 2015, s: 3-4.

⁹Beccaria, C., a.g.e. s: 57.

¹⁰Kılıç, S., "Çevre Sorunları ve Yoksulluk", Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt:5, S:1, 2013, s.16.

küresel çevre sorunları olarak kabul edilmiştir. Son yıllarda giderek artış gösteren doğal çevre felaketlerinin farkındalığını yaşadığımız yüzyılda gelişmiş/gelişmekte olan ülkeler daha iyi anlamaktadır/anladığı düşünülmektedir. Bunun nedeni, çevresel felaketlerin özellikle insan yaşamını sınır tanımaksızın olumsuz etkilediği olgusudur.

Dünyanın oluşumundan itibaren bütün canlıları çevresel ve yaşamsal olarak neden olduğu büyük kayıplarla derinden etkileyen, çoğu zaman çaresiz bırakan, insan iradesi dışında oluşan öngörülemez ve ani meydana gelen doğal çevre felaketlerinin ne zaman, nerede, ne şekilde, hangi şiddette ve etkide olacağının sağlıklı olarak tahmin edilebilmesi kolay değildir. Hava, yer ve su hareketlerinin uydu aracılığıyla izlenmesi/gözlemlenmesi ile felaketler hakkında tahminlerde bulunulabilmekte ise de önceden öğrenilmesi konusunun istenilen düzeyde olmadığı da bir gerçektir. Doğal felaketler kökenlerine göre jeofizik, hidrolojik, meteorolojik, iklimsel, biyolojik ve ekstra karasal olmak üzere 6 farklı şekilde sınıflandırılabilir (Tablo-1).

Tablo-1 Doğal Felaketlerin Sınıflandırılması Kaynak: The Human Cost of Natural Disasters, 2015:15.

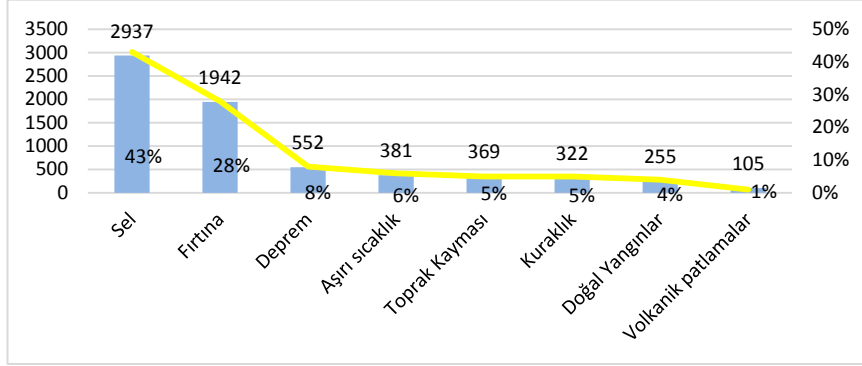
Jeofizik Kökenli Felaketler	Hidrolojik Kökenli Felaketler	Meteorolojik Kökenli Felaketler	İklim Kökenli Felaketler	Biyolojik Kökenli Felaketler	Ekstra Karasal Kökenli Felaketler
Deprem	Sel	Fırtına	Kuraklık	Hayvanların Verdiği Zararlar	Karasal Etki
Yer Hareketleri (Kuru)	Toprak Kayması	Aşırı sıcaklık	Buzullarda Erime	Salgın Hastalıklar	Atmosferdeki Değişimler
Volkan Hareketleri	Deniz Dalgalarının Hareketleri	Sis	Doğal Çevre Yangınları	Böcek İstilasası	

Kaynak: The Human Cost of Natural Disasters, 2015:15.

Dünyada 1994-2013 yılları arasında en fazla meydana gelen doğal afetler arasında (Grafik-1) sel, fırtına, deprem, aşırı sıcaklık, toprak kayması, kuraklık, doğal yangınlar ve volkanik patlamalar bulunmaktadır.

Bu süreçte en fazla sel olayı (2937) meydana gelmiştir. Hidrolojik ve meteorolojik doğal afetlerin daha sıklıkla yaşandığı bir dönemdir.

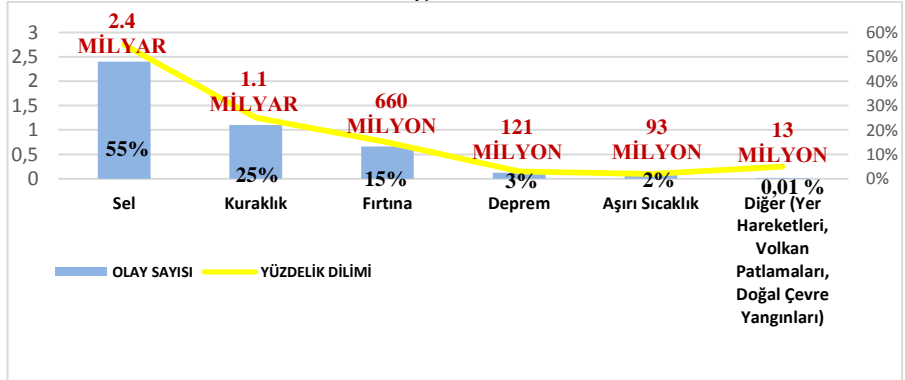
Grafik-1 1994-2013 Arasında Meydana Gelen Doğal Felaketler Grafiği



Kaynak: The Human cost of Natural Disasters, 2015:16.

İnsanoğlu 1994-2013 yılları arasında dünyada meydana gelen doğal afetler arasında sel, kuraklık, fırtına, deprem, aşırı sıcaklık, yer hareketleri, volkan patlamaları, doğal çevre yangınlarından etkilenmiştir (Grafik-2). Sellerden 2.4 milyar insan etkilenmiştir. Hidrolojik ve iklimsel doğal felaketlerden insanlığın daha fazla etkilendiği görülmektedir.

Grafik-2 1994-2013 Arasında Meydana Gelen Doğal Felaketlerden Etkilenen İnsan Grafiği

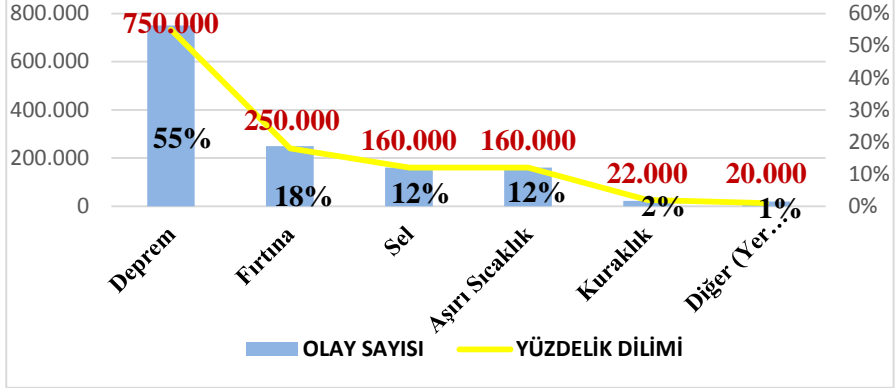


Kaynak: The Human cost of Natural Disasters, 2015: 17.

1994-2013 yılları arasında dünyada meydana gelen doğal afetler arasında en fazla insanlar deprem, fırtına, sel, aşırı sıcaklık, kuraklık, yer hareketleri, volkan patlamaları, doğal çevre yangınlarında ölmüştür

(Grafik-3). Depremlerde 750.000 insan ölmüştür. Jeofizik ve iklimsel kökenli doğal felaketlerde en fazla insanın öldüğü görülmektedir.

Grafik-3 1994-2013 Arasında Meydana Gelen Doğal Felaketlerde Ölen İnsan Sayısı Grafiği



Kaynak: The Human cost of Natural Disasters, 2015:18.

1994-2013 yılları arasında dünyada meydana gelen doğal afetlerden en fazla ekonomik kayba uğrayan ülkeler arasında Amerika, Japonya, Çin, İtalya, Almanya, Tayland, Hindistan, Meksika, Fransa ve Türkiye bulunmaktadır (Tablo-2). En fazla maddi kayıp jeofizik, hidrolojik ve meteorolojik kökenli deprem, fırtına ve sel felaketlerinde meydana gelmiştir.

Tablo-2 1994-2013 Arasında Doğal Afetler Nedeniyle Ekonomik Kayba Uğrayan Ülkeler

S.NO	ÜLKE ADI	DOĞAL FELAKET	EKONOMİK KAYIP
1	AMERİKA	Fırtına	739 Milyar Dolar
2	JAPONYA	Sel	482 Milyar Dolar
3	ÇİN	Sel	453 Milyar Dolar
4	İTALYA	Deprem, Sel	66 Milyar Dolar
5	ALMANYA	Sel	56 Milyar Dolar
6	TAYLAND	Sel	46 Milyar Dolar
7	HİNDİSTAN	Sel	46 Milyar Dolar
8	MEKSİKA	Fırtına	39 Milyar Dolar
9	FRANSA	Fırtına	39 Milyar Dolar
10	TÜRKİYE	Deprem	35 Milyar Dolar

Kaynak: The Human Cost of Natural Disasters, 2015:41.

Doğal çevre felaketlerinin insana ve yaşadığı ortama olan etkilerinin doğru algılanabilmesi için; felaketin türü, yeri, süresi, güvenlik eksikliğinin ve zarar gören/tehlike altında olan nüfusun iyi bilinmesi

gerekmektedir. Çevresel güvenlik afet bölgelerinde kısmen ve/veya tamamen risk altındadır.

Bacanlı'ya göre doğal afetlerin doğrudan etkileri arasında; insan ve hayvanların ölmesine/ yaralanmasına, ev ve işyerlerinin yıkılmasına/zarar görmesine, toprak ve tarımsal ürünlerin kaybına, ulaşımın aksamasına ve ulaşım yapılarının yıkılmasına/zarar görmesine, haberleşme sistemlerinin tahrip edilmesi ve zarar görmesi ile eşya kayıpları ve tahribi, dolaylı etkileri arasında psikolojik etki, salgın hastalık, işsizlik ve fakirlik bulunmaktadır¹¹.

Felaketlerin yaşandığı yerlerde/bölgelerde (toprak veya sular altında, yıkıntılar arasında vb.) insanlar ve diğer canlılar yaralanmakta veya ölmektedir. Afet ve kurtarma birimleri tarafından felaketin geniş bir alana yayılması ve zamanında müdahale edilememesi halinde yaralanan insanların ölmesine neden olmakta ve ölen kişilerin olay yerinden kaldırılmaması halinde de kokmakta ve salgın mikropların üremesine yol açmaktadır.

Yaralanan kişilerin sağlık, barınma ve yiyecek gibi ihtiyaçlarının karşılanmasını beklerken felaketler sırasında yaralanmayan veya başka bölgelerden afet yerlerine gelen kişi/kişilerin geçici güvensizlik ortamından istifade ederek suç işleyebilmektedir/suçta teşebbüs edebilmektedir. Güvenliğin yeterince sağlanamadığı bu süreçte şiddet, yağma ve hırsızlık olayları da meydana gelebilmektedir.

Öztürk'e göre sınıf öğretmeni adaylarının deprem deneyimleri üzerine yapılan nitel araştırma yönteminin uygulandığı bir çalışmada; deprem sonrasında yaşanan sorunlara ait bulgular can ve mal kaybı, yaralanmalar, ulaşım, haberleşme ve elektrik kesintisi gibi alt yapıdaki aksaklıklar, deprem bölgesindeki evlerin değerlerinin düşmesi, diğer yerlerdeki fiyat artışları, hırsızlık olaylarında artış, insan psikolojisindeki bozulmalar, dine daha da yakınlaşma ve çadırda kalmanın sıkıntıları şeklinde belirtilmiştir¹².

¹¹ Bacanlı, H., "Meteorolojik Karakterli Doğal Afetler ve Erken Uyarı Sistemleri", Çevre ve Orman Bakanlığı, 2011, s: 4.

¹² Öztürk, M. K., "Sınıf öğretmeni adaylarının deprem deneyimleri üzerine bir araştırma", Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi [Hacettepe University Journal of Education], 28(1), 2013, s: 312.

Doğal felaketler ile mücadele etmek üzere gelişmekte olan ülkelerde istenilen seviyede fiziksel birimler bulunmamaktadır. Gelişmemiş fakir ülkelerde dayanıklı olmayan binalarda ve barakalarda yaşamını devam ettiren insanlar sıklıkla meydana gelen sellerden olumsuz etkilenmektedirler. Fakir insanların ikamet etmek amacıyla kullandıkları riskli topraklar doğal felaketlerin önlenmesi bakımından yetersizdir. Elverişsiz iklim koşullarının zarar verdiği bölgelere göre daha güvenilir olan şehirlere yapılan göçler, göç alan kentlerde olan nüfus yoğunluğunu artırmaktadır. Bununla birlikte nüfus yoğunluğu ve çevresel bozulmalar doğal felaketlerde mal ve can kayıplarını artırabilmektedir¹³⁻¹⁴.

Tipson'a göre doğal afetler ve çevreyi etkileyen önemli olayların küresel ölçekte, hem sivil, hem de uluslararası çatışmaları tetikleyebilecek, ileri seviyede ekonomik, sosyal ve siyasal gerilimi sayı ve şiddet olarak artırması beklenmektedir. Nüfus artışı, kentleşme, ekonomik kırılganlık ve iklim değişikliği, bu sorunları ele alacak yaygın politik hareketsizlikle birleşince, büyüyen küresel güvenlik açıklarının etkileşimli modelinin temel unsurları olmuştur. Stratejik olarak önemli konumlarda bulunan genişlemiş kent ve kıyı toplulukları, kitlesel kayıplar, politik çatışmalar ve büyük depremler, seller ve hastalıklar nedeniyle oluşan bölgesel gerilimler konularında yüksek risk grubundadır. Büyük doğal afetler, önleyici koruyucu önlemleri tetikleyen yaygın popüler endişeler uyandırarak, küresel ekonominin ana bileşenlerinin (gıda, su, enerji, tıp, tedarik zincirleri, geçim) seviyesini düşürebilmektedir¹⁵.

3. Doğal Felaketlerde Güvenlik Sorunsalı ve Suça Etkisi

Afetler, iklim değişikliği ve kalkınma ayrılmaz şekilde birbiriyle bağlantılıdır. Felaketler sadece en yoksul ve marjinal insanları etkilemekle kalmaz, aynı zamanda güvenlik açıklarını ve toplumsal eşitsizlikleri alevlendirebilir ve ekonomik büyümeye zarar verirler. Doğal felaketler

¹³ WHO, "Climate Change and Human Health: Risk and Responses", Editörler: McMichael, A.J., Campbell-Lendrum, D.H., Corvalán, C.F., Ebi, K.L., Githeko, A.K., Scheraga, J.D., Woodward, A., World Health Organization, Geneva, 2003, s: 9.

¹⁴ Akalın, M., "Küresel Isınma ve İklim Değişikliği Nedeniyle Oluşan Doğal Felaketlerin İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri", Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl 6, Sayı 2, Aralık 2013, s:32.

¹⁵ Tipson, F., S., "Natural Disasters as Threats to Peace", Special Report 324, February 2013, United States Institute Of Peace, 2013, s.1.

yıllar boyunca elde edilen kazanımlarını tersine çevirmekte ve 2030 yılına kadar yoksulluğu bitirebilmek için harcanan çabaları tehdit etmektedir. Hava durumu ile ilgili tehlikelerin kapsamı, sıklığı ve şiddeti artmaktadır,¹⁶ fakat tehlikelere maruz kalma da hızla artmaktadır. Çünkü daha fazla kişi, geçimini sağlama ve varlığını sürdürme amacıyla, altyapısı tehlikeye açık alanlarda yaşamaktadır/bulunmaktadır.¹⁷⁻¹⁸

Doğal afetlerin suç üzerindeki etkileri hala az bilinmektedir. Felaketten hemen sonra suç azalır ve yavaşça zaman içerisinde felaket öncesi düzeylerine yükseldiği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu varsayım her zaman, güncel yapılmış birkaç ampirik çalışma tarafından onaylanmamıştır. Katrina ve Rita Kasırgalarının, ABD'nin Houston şehrinin TX bölgesinde kaydedilen suçların zamansal ve mekânsal dağılımına etkileri analiz edilmiştir. Suç verileri her iki kasırganın karadaki tahribatı öncesinde, esnasında ve sonrasında toplanmıştır. Sonuçlar Katrina kasırgasının suç üzerinde herhangi bir belirgin bir etkisinin olmadığını gösterirken, Rita kasırgasının evden hırsızlık ve oto hırsızlıklarında önemli bir kısa süreli artışa neden olduğunu göstermektedir. Evden hırsızlık suçlarında artış, Afro-Amerikalı mahallelerde, daha az bir ölçüde de Hispanik mahallelerde belirgin olduğunu mekânsal analizler göstermiştir. Rita kasırgası öncesi verilen zorunlu tahliye emrinin, suça eğilimli kişileri, bireylerin korumasız konutlarına girmek için tahliye emrine uymamaya teşvik ettiğine dair bazı

¹⁶ IPCC, "Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation". A Special Report of Working Groups I and II of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Field, C.B., V. Barros, T.F. Stocker, D. Qin, D.J. Dokken, K.L. Ebi, M.D. Mastrandrea, K.J. Mach, G.-K. Plattner, S.K. Allen, M. Tignor, and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK, and New York, NY, USA, 2012, pp.582.

¹⁷ Mitchell, T., Mechler, R. and Harris, K., "Tackling Exposure: Placing Disaster Risk Management at the Heart of National Economic and Fiscal Policy". London: Climate and Development Knowledge Network. In: Mitchell, T. (2012) Options for Including Disaster Resilience in Post-2015 Development Goals. ODI Background Note. London: Overseas Development Institute.

¹⁸ Hall, J., Lowell, E., Muir-Wood, R., Norris, A., Scott, L., Wallemacq, P., Guha-Sapir, D., Mitchell, T., Setting, measuring and monitoring targets for reducing disaster risk, Recommendations for post-2015 international policy frameworks, Overseas Development Institute 203 Blackfriars road, London SE1 8NJ, UK, 2014, pp.16.

bulgular vardır. Katrina Kasırgası için herhangi bir zorunlu tahliye emri verilmemiştir¹⁹.

Depremelerin toplumlar ve bireyler üzerinde yol açtığı çok yönlü zararların azaltılabilmesinde deprem öncesi ve sonrası planlama, tasarım ve uygulama çalışmaları çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu amaçla Van ve çevresinde yaşanan deprem neticesinde 7–15 Aralık 2011 tarihleri arasında hazırlanan “Van Depremi Sosyo-Ekonomik ve Psikolojik Durum Tespiti Araştırması”nda “Akşamları en önemli sorun nedir?” sorusuna depremzedelerin büyük bir kısmının ısınma/barınmadan sonra akşamları en önemli sorununun güvenlik olduğunu belirtmişlerdir. Yaşanan depremden sonra terk edilen ve girilemeyen iş yerleri ve konut alanlarına ilişkin kısmen gerçek kısmen de şehir efsanesine dönüşen (hırsızlık, yağma vb.) bir güvenlik probleminin olduğu bilgisi yayılmıştır. Van ilinde hırsızlık olaylarının arttığı, her gece insanların silahla nöbet tutmaya başladığı bilgisi beraberinde il merkezinde akşamın ilk saatlerinden başlayarak sabahın ilk ışıklarına kadar süren silah seslerinin duyulduğu güvenlik sorunlarının yaşanmasına neden olduğu bildirilmiştir²⁰.

1999 yılında meydana Marmara depreminin yaşandığı Kocaeli ilinde görev yapan emniyet yetkilisi ile bir görüşme yapılmıştır. Görüşmede yetkili;

“Depremden hemen sonra mevcut durumun daha iyi anlaşılabilmesi için aradan birkaç gün geçti. Bu süre zarfında afet kurtarma ekiplerinin deprem bölgesinin tamamına ulaşmaları zaman almıştır. Depremin büyüklüğü ve geniş bir alana yayılması neticesinde gerek kurtarma faaliyetlerinin koordinasyonun sağlanması gerekse güvenliğin sağlanması konusunda bazı problemler yaşanmıştır. Yıkılan binaların altında değerli eşyalarını arayanların kendilerine ait olanları bulmaları imkânsız olmasına rağmen aradıkları görülmüştür. Bunun dışında hırsızlık yapmak amacıyla yakın illerden gelen suç işleme potansiyeli olan kişi/kişilerin yıkıntı ve

¹⁹Leitner, M., Helbich, M., “The Impact of Hurricanes on Crime in the city of Houston, Tx: A Spatio-Temporal Analysis”, A special joint symposium of ISPRS Technical Commission IV & AutoCarto in conjunction with ASPRS/CaGIS 2010 Fall Specialty Conference November 15-19, 2010 Orlando, Florida, 2010, pp. 1.

²⁰Tuna, A., K., Parin, S., Tanhan, F., “Van Depremi Sosyo-Ekonomik ve Psikolojik Durum Tesbiti Raporu”, Çocuk Vakfı Raporları: 15 Nisan 2012, İstanbul, s: 28.

hasar olan bina ve yapılarda para ve değerli eşya aradıkları bilinmektedir. Deprem ortamından istifade ederek hırsızlık ve yağmalama olaylarına karıştığı tespit edilenler hakkında gerekli adli işlemler yapılmıştır. Güvenliğin tamamen sağlandığı ve kontrol altına alındığı yerlerde suç olayları azalmış veya hiç görülmemiştir. Bununla birlikte felaket ortamından faydalanmak isteyen bazı esnafların ihtiyaç maddelerini stok yapmak suretiyle daha sonra yüksek fiyatlara sattıkları tespit edilenler hakkında adli işlemler yapılmıştır.” şeklinde ifade etmiştir.

Özceylan ve Coşkun’a göre Van ilinde 2011 yılında meydana gelen depremde merkez ve Erciş ilçesinde büyük yıkım ve tahribat olmuştur. 1999 Marmara depremine göre geniş bir alanı etkilememesine rağmen felaket bölgesine müdahale ve sonrasında birçok sorunlar ortaya çıkmış ve konteynırların/çadırların ihtiyaç sahiplerine dağıtımında önemli aksaklıklar yaşanmıştır. Yardımları taşıyan kamyonlarda bulunan malzemeler yağmalanmıştır²¹. Bahse konu depreme ilişkin anılan ilde görev yapan emniyet yetkilisi ile bir görüşme yapılmıştır. Görüşmede yetkili;

“2011 yılının Ekim ve Kasım aylarında Van’da iki defa deprem felaketi yaşanmıştır. Yaklaşık 90.000 konutun zarar gördüğü ilde konutların üçte biri ağır, üçte biri orta, üçte biri hafif hasar görmüştür. Depremden sonra insanlar yeniden deprem olma endişesi ile evlerini ve içinde bulunan eşyalarını bırakarak buldukları yerleri terk etmiştir. Kolluk kuvvetlerinin ailelerinin de kaldığı evler de zarar görmüştür. Terk edilen bina ve konutların sahipsiz kalmasını fırsat bilen farklı illerden gelen veya aynı ilde depremden etkilenmeyen suç şebekeleri ve suça eğilimli kişi/kişiler tarafından hırsızlık olayları meydana gelmiştir. Kimileri suça teşebbüs halinde iken kimileri de suç işledikten sonra emniyet görevlileri tarafından yakalanmıştır. Hırsızlık suçundan adliyeye çıkarılan kişilerden 65’i tutuklanmıştır. Mala karşı işlenen suçlarda artma görülürken şahsa karşı işlenen suçlarda azalma görülmüştür.” şeklinde belirtmiştir.

²¹ Özceylan, D., Coşkun, E., “Van Depremi Sonrası Yaşananlar Işığında Sosyal ve Ekonomik Zarar Görebilirlik Çalışmalarının Önemi”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Nisan 2012, 7(1), s:179.

Sınıf öğretmeni adaylarının deprem deneyimleri üzerine yapılan nitel araştırma yönteminin uygulandığı araştırmadan elde edilen bulgulara göre depremlerden sonra yaşanan önemli toplumsal olaylardan biri de meydana gelen hırsızlık olaylarıdır. Yakınlarını, evlerini kaybedenlerin, depremden çeşitli şekilde zarar görenlerin yaşadıkları psikolojik ve sosyolojik problemlere ek olarak kalan eşyalarının ya da enkaz altındaki para ve değerli mallarının çalınması da yaşanan önemli bir asayiş ve güvenlik sorunudur²².

4. Suç Teorileri

Kriminoloji suç kavramının ortaya çıkması ile birlikte suç olaylarını ve suç işleyenlerin kişilik yapılarını değişik yöntemler kullanmak suretiyle inceleyen bilim dalıdır. Sutherland ve Cressey ise kriminolojiyi “kanunların yapıları, kanun ihlalleri ve bu ihlallere karşı ortaya çıkan tepkileri” olarak belirtir²³. Suç teorileri kriminolojik araştırma ve çalışmalarda suç ve suçluluğun sebeplerini belirlemeye yönelik ileri sürülen etiyolojik (neden bilimsel) modellerdir. Bu modeller işlenen suç ile suçluluk olgusunun nedenlerinin ortaya çıkarılması ve ilerleyen süreçte suç işleme ihtimali olan kişi/kişilerin özelliklerini ve suç oranlarını önceden anlamaya veya tahmin etmeyi kolaylaştırmaktadır²⁴.

Suç teorileri arasında bulunan Klasik Okul-Pozitivist Okul ayırımına neden olan anlayışın özgür irade mi yoksa deterministik faktörler mi olduğu tartışma konusudur. Tümerkan’a göre klasik okul, irade özgürlüğünü kabul ederek manevi sorumluluk yaklaşımını benimserken, pozitivist okul, birey davranışlarında da determinizmin mutlak hâkimiyetini ileri sürerek toplumsal sorumluluk kavramından hareket etmektedir²⁵.

²² Öztürk, M. K., “Sınıf öğretmeni adaylarının deprem deneyimleri üzerine bir araştırma”, Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi [Hacettepe University Journal of Education], 28(1), 2013, s: 315.

²³ Sutherland, E., H., Cressey, D., R., “Criminology”, 10th Edition. Philadelphia, New York, San Rose, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978, pp.3.

²⁴ Dolu, O., “Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s: 10.

²⁵ Tümerkan, S., “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 48, 1982-1983, Sayı: 1-4, s.58.

Klasik Okul yaklaşımına göre, bencilce hareketleri ile kendisini düşünen, acılarını azaltmak ve problemlerini çözmek amacıyla hedonist (haz/zevk duyan) davranan bireyin özgür iradesi ile rasyonel tercihleri neticesinde suç işlenmekte veya suçlu davranışların olduğu iddia edilmiştir. Pozitivist Okul anlayışı Klasik Okul düşüncelerinin aksine suçu bireyin kontrolü dışında meydana gelen bir olay şeklinde algılar²⁶.

Bireyin iradesi ve tercihlerinin bütünüyle bir tarafa bırakılarak suçun insan müdahalesi dışında biyolojik, psikolojik ve sosyolojik nedenler sonucunda meydana geldiği anlayışı savunulmuştur²⁷⁻²⁸⁻²⁹.

Nagin ve Paternoster'e göre³⁰ suç ve suçluluğun kaynağı olarak bireysel etkenleri gören teoriler ile sosyolojik ve çevresel etkenleri gören teorilerin bulunduğu iki çizgi üzerinde toplanmaktadır³¹.

4.1. Bireysel Etkenleri Gören Teoriler

4.1.1. Gündelik Aktiviteler Teorisi

Suçun meydana gelmesinde; suç işlemeye karar vermiş potansiyel bir suçlu, suçlunun ilgisini çekebilecek derecede ve maddi olarak değerli bir suç hedefi ile suça hedef olan nesneyi veya kişiyi koruyabilecek kabiliyete sahip insan, hayvan veya teknolojik koruma sistemlerinin birlikte olması gerektiğini savunmaktadır. Bu teoriye göre suç mekanizmasında elverişli hedef, suça güdülenmiş suçlu ve hedefi suça karşı muhafaza edebilecek yapının/yapıların yokluğu gibi üç ayrı bölümden oluşmaktadır³²⁻³³.

Suçun mağduru olmayı etkileyen öğeler arasında, hedefin; görünür bir durumda olması, belirli bir değeri ile arzu edilebilir olması, suça karşı

²⁶ Dolu, O., a.g.e. s: 90.

²⁷ Schmallegger, F., "Criminal Justice Today", Sixth Edition, Upper Saddle River, NJ: Pearson/Prentice Hall, 2001, pp.88.

²⁸ Siegel, L. J., "Criminology: Theories, Patterns and Typologies". Seventh Edition. Belmont, CA: Wadsworth Publishing. 2001, pp.150-151.

²⁹ Dolu, O., a.g.e. s: 190.

³⁰ Nagin, D., S., Paternoster, R., "Enduring Individual Differences and Rational Choice Theories of Crime" Law & Society Review, Vol.27, No.3, 1993, pp.467-496.

³¹ Dolu, O., a.g.e., s: 34.

³² Cohen, L., E., Felson, M., "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach",

American Sociological Review. Vol.44, No.4 (Aug., 1979), 1979, pp.588-608.

³³ Dolu, O., a.g.e., s: 120-121.

korunmasının bulunmaması, hareket kabiliyeti ve suça hedef olabilecek eşyanın müsait veya ulaşılabilir olması bulunmaktadır³⁴.

Teori suçu, suçlu-mağdur-koruyucu ekseninde değerlendirerek suçun asıl olarak bir fırsat olayı olduğunu olarak vurgulamaktadır³⁵⁻³⁶.

4.1.2. Suç Fırsatı Teorisi

“Fırsat Hırsız Doğurur: Suç Önleme İçin Pratik Teori” (Opportunity Makes the Thief: Practical Theory for Crime Prevention) adlı eserlerinde Felson ve Clarke suçun ana nedeninin fırsatlar olduğunu belirterek, suçun işleyiş yapısını iyi algılayabilmek için suç fırsatları üzerinde durulması gerektiğini iddia etmişlerdir³⁷.

Felson ve Clarke’a göre suç fırsatı teorisinin 10 temel prensibi bulunmaktadır³⁸:

- Bütün suçlara sebep olması bakımından fırsatlar açık bir rol oynarlar.
- Her suç çeşidine göre suç fırsatları farklılık gösterir.
- Belirli yer ve zamanlarda suç fırsatları yoğunlaşır.
- Suç fırsatları, bireylerin her gün yaptıkları rutin aktiviteleri doğrultusunda meydana çıkar.
- Bir suç bir diğeri için fırsat oluşturur.
- Bazı ürünler, hiç reddedilmeyecek suç fırsatları arz eder.
- Teknolojik ve sosyal değişiklikler yeni suç fırsatlarına yol açar.
- Suç fırsatlarını azaltmak suretiyle suç önlenir.
- Genellikle suçun yer değiştirmesi suç fırsatlarını azaltma nedeni olmaz.
- Fırsatların azalması suç oranlarında belirli bir düşme eğilimi gösterir³⁹.

³⁴ Dolu, O., a.g.e.,s:125.

³⁵ Cullen, F., T., Agnew, R., Criminological Theory: Past to Present-Essential Readings, Los Angeles, CA: Roxbury Publishing Company, 2003, pp.284.

³⁶ Dolu, O.,a.g.e.,s:137.

³⁷ Felson, M., Clarke R.,V., “Opportunity Makes the Thief. Crime Detection and Prevention Home Office”, Policing and Reducing Crime Unit, Police Research Series, 1998, Paper 98.

³⁸ Felson, Marcus and Clarke Ronald V., a.g.e. s: 98

³⁹ Dolu, O.,a.g.e., s:129-130.

4.1.3. Rasyonel Tercih Teorisi

Suçluların suçu işleyip işlememe tercihlerinin imkan ve avantajlara göre değerlendirilen bir teoridir. Teoriye göre⁴⁰, eğer gerekli imkânlar olduğunda herhangi bir bireyde suç işleyebilir⁴¹. Clarke ve Cornish'e göre⁴² “suç yalnızca motivasyona bağlı bir şey değil aynı zamanda bir fırsat meselesidir.”⁴³

Örneğin, bir yağmalama sırasında camı kırılmış bir mağaza içindeki bir bilgisayarı önceden hırsızlık yapmamış bir insan da alabilir. Bu teoriye göre fertler risk derecesinin yüksek olduğu ve birikimlerin az olduğu bir durumda suç işlemeyi tercih etmezler. Rasyonel tercih yaklaşımı suçlu gözüyle dünyaya bakar; suçlunun suç tercihlerini anlamaya çalışır. Polis teşkilatı ve suç analizcileri bakımından risklerin azaltılarak daha az suçun işlenmesinin sağlanmasında bu teori kullanılır⁴⁴.

4.1.4. Caydırıcılık Teorisi

Suçları rasyonel bir hesaplama neticesinde minimum giderle maksimum yarar sağlama öngörüsüyle yerine getirilen tutum ve hareketler olarak gören klasik okul yaklaşımı, Beccaria'nın ifade ettiği, devlet aracılığı ile hukuki ve ceza düzenlemelerin yürütülmesi düşüncesiyle toplumda suça yönelik fiillerin caydırılmasını rasyonel dengenin resmi yaptırımların etkisini artırarak bozmaya bağlamıştır. Bu teoriye göre; suça güdülenen birey yapacağı rasyonel hesaplamada suç fiili sonucunda elde edeceği yararın bu suçu işlemesinden dolayı uğrayacağı zarardan/duyacağı üzüntüden daha düşük olacağını göz önünde tutarak suç işlemekten vazgeçecektir. Bu durum da devletin tatbik edeceği cezalar aracılığıyla sağlanacaktır⁴⁵.

⁴⁰ Felson, M., Clarke R.,V., a.g.e. s:98

⁴¹ Düzgün, Ş., “Suç Olgusuna Teorik Yaklaşımlar ve Disiplinler Arasılık”, *Kent ve Suç*, Bülten 55/Kasım-Aralık 2007, TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi, s: 8.

⁴² Clarke, R., V., Cornish, D., B., “Crime Control in Britain: A Review of Police Research”, Albany: State University of New York Press, 1985, pp.8.

⁴³ Dolu, O., a.g.e.,s:93.

⁴⁴ Düzgün, Ş., a.g.e., s: 9.

⁴⁵ Dolu, O., Bükler, H., “Caydırıcılığın Sınırları: Caydırıcılık Eksenli Suç Önleme ve Mücadele Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Polis Bilimleri Dergisi* Cilt:11(3), 2009, s:4.

Beccaria'ya göre bu cezaların, öngörülen etkiyi sergilemeleri için; kesinlik, hızlılık ve şiddetlilik özelliklerini taşımaları gerekliliğini vurgulamıştır⁴⁶. Kesinlik, suç ile karşıt ilişkili olarak diğer prensipler arasında en önemli caydırıcılık faktörüdür. “Bir suçun işlenmesini takiben bir ceza ne kadar çabuk verilebilirse o ölçüde adil ve amacına ulaşmış olur” prensibi çerçevesinde suçun işlenmesi ile ceza verilmesi ve gerçekleştirilmesi arasındaki ilişkinin zaman bakımından kopmamasını beklenen caydırıcı etkinin sağlanması için ikinci önemli ilke olarak ortaya koymuştur. Bununla birlikte, yasalarla belirlenen cezaların suçlarla orantılı derecede şiddetli olması beklenen caydırıcılık etkisi için vazgeçilemez bir öge olarak ifade edilmiştir⁴⁷.

4.2. Sosyolojik ve Çevresel Etkenleri Gören Teoriler

4.2.1. Sosyal Düzensizlik Teorisi

Teorinin suçu açıklamak üzere vurguladığı 4 hipotezin varlığından söz edilebilir:

(1) Suç ile birlikte sosyal denetim sistemleri ve kurumsal bazda yönetimlerinin işlevsel kabiliyetlerini ve etkinliklerini kaybeder.

(2) Denetim sistemlerinin bozulması çoğunlukla şehirlerde meydana gelmekte ve sanayileşme, hızlı kentleşme ve göçün neticesi olarak meydana gelir.

(3) Suçların lokal dağılımı gelişigüzel değil, belirli bir ekolojik sınıflandırmaya göre gerçekleşir.

(4) Toplumsal düzenin kaybolduğu yerler hem suçlu profillerinin doğmasına ve bir sonraki kuşaklara iletilmesini sağlayarak suçun sürekliliğini oluştururlar⁴⁸⁻⁴⁹.

Sosyal düzensizlik teorisi bağlamında sunulan uygulamaya ilişkin suç önleme ve mücadele stratejileri arasında suça neden olan fiziksel ve toplumsal düzensizlikle mücadele gelmektedir. Bir yerde karışıklığı ve düzensizliği belirten argümanlar arasında çevre ve çevreye ait yapıların bakımsızlığı, yapımı tamamlanmayan veya terk edilmiş evler, sokakların

⁴⁶ Beccaria, C., “An Essay on Crimes and Punishments,” In Francis T. Cullen and Robert Agnew (eds) *Criminological Theory: Past to Present-Essential Readings*, Second Edition, 2003, pp.21-22.

⁴⁷ Dolu, O., *Büker, H.*, a.g.e., s:4.

⁴⁸ Shoemaker, D., J., “Theories of Delinquency: An Examination of Explanations of Delinquent Behavior” Fourth Edition. New York, NY: Oxford University Press, 2000, pp.78.

⁴⁹ Dolu, O., a.g.e., s:223.

temiz olmaması, boyası olmayan binalar ve duvarlar ile bu yapılar yazılan yazılar ve işaretlerdir⁵⁰. Felaketlerden sonra doğal ve yapay çevrede meydana değişiklikler, tahribatlar ve meydana gelen güvensizlik durumunda oluşan sahipsizlik olgusu sosyal düzensizliğe neden olmaktadır.

5. Doğal Felaketlerde Suça Yönelim

Beccaria'ya göre “Kimi suçlar, doğrudan doğruya toplumu ya da onu temsil eden kişiyi yıkarlar, yıkmaya yönelirler. Kimileri de yurttaşın yaşamını, mallarını ya da onurunu, bu değerlerin özgül esenliklerini ihlal ederler. Ötekiler ise, kamunun esenliği için yasanın yapmayı ya da yapmamayı buyurduğu kurallara aykırı eylemlerdir.” şeklinde suçları sınıflandırırken suç olgusunun bireysel nitelikten ziyade toplumun zarar gördüğü ve kamu düzeninin bozulduğuna dikkati çeker⁵¹.

Doğal felaketlerin meydana geldiği yerler güvenlik riski ile karşı karşıyadır. Binalar, evler, sosyal tesisler, kamu binaları vb. gibi değişik yapıların yıkıldığı veya büyük/küçük zarar gördüğü, insan ve diğer canlıların yaralandığı/öldüğü felaketlerin yaşandığı yerler güvenliğin geçici olarak sağlanamadığı ortamlardır. Çünkü suç işleme niyetinde olan kişi/kişiler kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasının güçleştiği afet bölgelerini fırsata dönüştürebilmektedir.

Gündelik aktiviteler teorisinde yer alan suç olgusunda üç öge bulunmaktadır. Bu ögeler arasında uygun hedef, suça angaje olmuş sanık/şüpheli ve hedefin suça karşı korunmasını sağlayacak yapısal etmenlerin bulunmamasıdır. Felaketlerin yaşandığı yerlerdeki yapılarda meydana gelen tahribatlar ve yıkıntılar suça hedef olabilecek (değerli eşya, para, altın, tarihi eser vb.) nesnelere korumasız bırakır. Korumasız kalan nesnelere suç işlemeye eğilimli kişi veya kişileri harekete geçirir. Bu kişi/kişiler nesnelere korumasızlığından/ korunmasızlığından istifade ederek felaketlerde zarar gören yapılardan mal veya değerli eşyaları izinsiz veya zorla alırlar.

Doğal felaketlerin oluşturduğu ortamlarda sosyal düzensizlik teorisinde belirtilen hipotezler arasında bulunan kamu düzeninin zayıflaması/bozulması neticesinde suç işleyebilecek kişi/kişiler ortaya

⁵⁰ Dolu, O., a.g.e., s:222.

⁵¹ Beccaria, C., “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, (Çeviren: Sami Selçuk), Orijinal Adı: Dei delitti e delle pene 1764, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2014, s: 56-57.

çıkmasına neden olur/olabilir. Maddi ve manevi yönden zarar gören insanların yaşam savaşı verdiği süreçte dışarıdan özellikle bina ve eşyaların korunmasız hale gelerek hedef olması suçun meydana gelmesini ortam hazırlar. Felaketler nedeniyle güvenliğin zayıfladığı veya olmadığı yerlerde suç fırsatı teorisinin temel argümanı olan “Fırsat Hırsız Doğurur” yaklaşımı ile suç işleyenleri harekete geçirir.

Değerlendirme ve Sonuç

Doğal çevre felaketleri insanın ilk anda çaresiz kaldığı, canlı ve cansız varlıkların kısmen/tamamen zarar gördüğü sosyal düzensizliğin geçici/sürekli olduğu ortamları doğurmaktadır. Sosyal düzensizliğin varlığı kamu güvenliğinin geçici yoksunluğunu da beraberinde getirmektedir. Acil durum yönetiminin felaketin meydana geldiği yerlerde yıkıntıların kaldırılması, insanların kurtarılması, sağlık, yemek ve barınma ihtiyaçlarının karşılanması ve kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi gibi hayati bir işlevi bulunmaktadır.

Suç işlemeye eğilimli birey/bireyler sosyal düzenin kaybolduğu felaket bölgelerinde koruması olmayan ihtiyaç maddesi, mal, para veya değerli eşyaları hedef olarak seçerek gündelik aktiviteler teorisinde belirtilen suçun meydana gelmesine zemin oluşturabilmektedir. Rita kasırgası ile Marmara ve Van depremlerinde sonra suç fırsatı teorisinin temel argümanı olan “Fırsat Hırsız Doğurur” yaklaşımı ile hırsızlık veya yağma suçlarının meydana geldiği görülmüştür.

Doğal felaketler hem insana, hem de doğal çevreye çok ciddi zararlar vermektedir. Güvenlik kuvvetlerinin gerek vatandaşın can ve mal güvenliğini koruma fonksiyonuyla topluma hizmet veren bir organ olarak, gerekse çevrenin bir kamu malı olarak görülmesinden ötürü çevreyi de kamu yararı gözeterek koruyan bir organ olarak, doğal felaketlerin zararlarının azaltılması, güvenlikte toplumsal sorumluluk bilincinin ve sosyal projelerin geliştirilmesi kapsamında önemli görevleri vardır.

Güvenlik kuvvetlerinin doğal felaketlerde görevleri, hırsızlık, yağmacılık, gasp, organ hırsızlığı, insan kaçakçılığı vb. suçlara ilişkin suç öncesi/sonrası gerekli görevlerin/işlemlerin yapılması, halkın can ve mal güvenliğinin korunması/tesis edilmesi, her türlü resmi ve özel tesisin güvenliğinin korunması ve faaliyetlerinin devamı için alınacak her türlü koruyucu, kurtarıcı tedbir ve faaliyetleri içermektedir.

Güvenlik kuvvetleri/personeli etik değerlerini kaybederek suç işleme içgüdüğü ile yaşadığı toplumda meydana gelen felaketlerden

kendisine veya yakınlarına menfaat elde etmeye çalışan kişi/kişilerin farkındalığını suç öncesi/suç sonrası görevlerine ilişkin önleme/müdahale stratejileri belirlerken gözden geçirmelidir. Güvenlik kuvvetlerinin yaşanan suç olgusunun sosyal nedenleri üzerinde durarak geliştirecekleri toplum odaklı/destekli çalışmalar polis-halk ilişkilerindeki sorumluluk duygusunun artmasını sağlayacaktır. Ayrıca doğal felaketlerden sonra yaşanan travma nedeniyle toplumsal hayata uyum sağlamada sıkıntı yaşayan bölge insanı için sosyal projelerin geliştirilmesi ve uygulanmasında güvenlik kuvvetlerinin rol alması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü:** Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2014, s.23.
- Akalın, M.:** “Küresel Isınma ve İklim Değişikliği Nedeniyle Oluşan Doğal Felaketlerin İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl 6, Sayı 2, Aralık 2013, s.29-43.
- Bacanlı, H.:** “Meteorolojik Karakterli Doğal Afetler ve Erken Uyarı Sistemleri” Çevre ve Orman Bakanlığı, 2011, s.4.
- Beccaria, C.:** “An Essay on Crimes and Punishments,” In Francis T. Cullen and Robert Agnew (eds) *Criminological Theory: Past to Present-Essential Readings*, Second Edition, 2003, pp.20-22.
- Beccaria, C.:** “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, (Çeviren: Sami Selçuk), Orijinal Adı: *Dei delitti e delle pene 1764*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2014, s. 25-57.
- Clarke, R., V., and Cornish, D., B.:** “Crime Control in Britain: A Review of Police Research”, Albany: State University of New York Press, 1985, pp.8.
- Cohen, L., E., and Felson, M.:** “Social Change and Crime Rate Trends:A Routine Activity Approach”, *American Sociological Review*.Vol.44, No.4 (Aug.,1979), pp.588-608.

- Cullen, F., T., and Agnew, R.,:** “Criminological Theory: Past to Present-Essential Readings”, Los Angeles, CA: Roxbury Publishing Company, 2003, pp.284.
- Dolu, O.,:** “Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji”, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2010, s.32-222.
- Dolu, O., Bükler, H.,:** “Caydırıcılığın Sınırları: Caydırıcılık Eksenli Suç Önleme ve Mücadele Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:11(3), 2009, s.1-22.
- Durkheim, E.,:** “Rules of Sociological Method”. New York: Free Press, 1938/ 1895.
- Düzgün, Ş.,:** “Suç Olgusuna Teorik Yaklaşımlar ve Disiplinler Arasılık”, *Kent ve Suç*, Bülten 55/ Kasım-Aralık 2007, TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi, 2007, s.4-10.
- Felson, M., Clarke R., V.,:** “Opportunity Makes the Thief. Crime Detection and Prevention Home Office”, Policing and Reducing Crime Unit, Police Research Series, 1998, Paper 98.
- Foster, J., B.,:** “Savunmasız Gezegen Çevrenin Kısa Ekonomik Tarihi”, (Çeviren:Hasan ÜNDER), Ankara: EPOS Yayınları, 2013, s.11.
- Gabbidon, S., L.,:** “Criminological perspectives on race and crime”, Third Edition published 2015 by Routledge 711 Third Avenue, New York, NY 1001 7and by Routledge 2 Park Square Milton Park, Abingdon, Oxon, s.3-4.
- Hall, J., Lowell, E., Muir-Wood, R., Norris, A., Scott, L., Wallemacq, P., Guha-Sapir, D., Mitchell, T.,:** “Setting, measuring and monitoring targets for reducing disaster risk” Recommendations for post-2015 international policy frameworks, Overseas Development Institute 203 Blackfriars road,London SE1 8NJ,UK, 2014.
- IPCC :** “Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation”, A Special

Report of Working Groups I and II of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Field, C.B., V. Barros, T.F. Stocker, D. Qin, D.J. Dokken, K.L. Ebi, M.D. Mastrandrea, K.J. Mach, G.-K. Plattner, S.K. Allen, M. Tignor, and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK, and New York, NY, USA, 2012, pp.582.

- Kılıç, S.,:** “Çevre Sorunları ve Yoksulluk”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt:5, S:1, 2013, s.16.
- Krishnamoorthy, D.,:** “Disaster Recovery Planning”, The 4th International Workshop on Independent Verification & Validation of Software, Nasa IV & V Annual Workshop, 2012, pp.3.
- Leitner, M., Helbich, M.,:**“The Impact of Hurricanes on Crime in the city of Houston, Tx: A Spatio-Temporal Analysis”, A special joint symposium of ISPRS Technical Commission IV & AutoCarto in conjunction with ASPRS/CaGIS 2010 Fall Specialty Conference November 15-19, 2010 Orlando, Florida, pp.1.
- Mitchell, T., Mechler, R. and Harris, K.,:** “Tackling Exposure: Placing Disaster Risk Management at the Heart of National Economic and Fiscal Policy”, London: Climate and Development Knowledge Network. In: Mitchell,T. (2012) Options for Including Disaster Resilience in Post- 2015 Development Goals. ODI Background Note. London: Overseas Development Institute, 2012.
- Nagin, D., S.,Paternoster, R.,:**“Enduring Individual Differences and Rational Choice Theories of Crime” Law &Society Review, Vol.27, No.3, 1993, pp.467-496.
- Özceylan, D., Coşkun, E.,** “Van Depremi Sonrası Yaşananlar Işığında Sosyal ve Ekonomik Zarar Görebilirlik Çalışmalarının Önemi”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Nisan 2012, 7(1), s:167-186.
- Schmallegger, F.,:** “Criminal Justice Today”, Sixth Edition, Upper Saddle River, NJ:Pearson/Prentice Hall, 2001, pp.88.

- Shoemaker, D., J.,:** “Theories of Delinquency: An Examination of Explanations of Delinquent Behavior”, Fourth Edition, New York, NY: Oxford University Press, 2000, pp.78.
- Siegel, L, J.,:** “Criminology: Theories, Patterns and Typologies”, Seventh Edition. Belmont, CA: Wadsworth Publishing, 2001, pp.150-151.
- Sutherland, E., H., Cressey, D., R.,:** “Criminology”, 10th Edition. Philadelphia, New York, San Rose, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978, s.3.
- Öztürk, M. K.,:** “Sınıf öğretmeni adaylarının deprem deneyimleri üzerine bir araştırma”, Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi (Hacettepe University Journal of Education), 28(1), 2013, s. 308-319.
- The Human cost of Natural Disasters 2015:** “A global perspective”, The Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (CRED), 2015, pp. 15-41.
- The Sage Dictionary of Criminology:** McLaughlin, E., and Muncie, J. (Eds.). London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publication, 2001, pp.59.
- Tipson, F., S.,:** “Natural Disasters as Threats to Peace”, Special Report 324, February 2013, United States Institute Of Peace, 2013, pp.1.
- Tuna, A., K., Parin, S., Tanhan, F.,:** “Van Depremi Sosyo-Ekonomik ve Psikolojik Durum Tesbiti Raporu”, Çocuk Vakfı Raporları: 15 Nisan 2012, İstanbul, s.1-84.
- Tümerkan, S.,:** “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1982-1983, Cilt: 48, Sayı: 1-4, s.51-71.
- WHO:** “Climate Change and Human Health: Risk and Responses”, Editörler: McMichael, A.J., Campbell-Lendrum, D.H., Corvalán, C.F., Ebi, K.L., Githeko, A.K., Scheraga, J.D., Woodward, A., World Health Organization, Geneva, 2003, pp.9.

TİCARİ İŞLETME MENKUL KIYMETLEŞTİRMESİ

M. Murat AKTAŞ*

Özet

Ticari işletme menkul kıymetleştirmesi, menkul kıymetleştirme olarak nitelenen bir işletme finansman sistemidir. Ticari işletme menkul kıymetleştirmesi, ilk kez Birleşik Krallık ve onunla benzer iflas hukuku düzenlemelerine sahip ülkelerde uygulanmıştır. Ticari işletme menkul kıymetleştirmesi en son olarak ise ABD, Japonya ve diğer ülkelerde farklı yapılar dâhilinde uygulanmıştır. Makalede az bilinen ticari işletme finansmanı yöntemi olan ticari işletme menkul kıymetleştirmesi sistemine ışık tutularak, hukuki ve ekonomik işleyişi ele alınacak ve en son olarak ise sistemin Türk sermaye piyasası hukukunda uygulanabilirliği hususu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Menkul kıymetleştirme, ticari işletme, finans, sermaye piyasası

WHOLE BUSINESS SECURITIZATION

Abstract

As an innovative financial technique the whole business securitization (WBS) first appeared in the United Kingdom in the mid 1990s. The WBS later expanded to the countries which has insolvency legislations similar to United Kingdom. The WBS spreads to the United States and Japan in the early 2000s which have different insolvency law from that of the United Kingdom.

This article aims to shed a new light on little known WBS to explore new possibilities for innovative securitization after the global financial crisis. This article examines mainly the market background and reasons of the WBS; the legal mechanism and the economic value of the WBS; differences between the traditional securitization and the implementation possibility of the WBS, under the Turkish capital market law.

Keywords: *Securitization, securitisation, whole business, commercial enterprise, finance, capital markets*

I. Giriş

Bu çalışmada, son dönemde “menkul kıymetleştirme” kavramı dâhilindeki yeni bir finansman yöntemi olan ve bizim “ticari işletme menkul kıymetleştirmesi” olarak adlandırdığımız “*Whole Business Securitization*” (WBS) sistemi ve Türk hukukundaki uygulanabilirliği ele alınmaktadır.

* Dumlupınar Üniversitesi İİBF Öğretim Elemanı.

WBS'nin, menkul kıymetleştirme olarak adlandırılması, öncelikle menkul kıymetleştirme kavramının kısaca ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Menkul kıymetleştirmenin tanımlanması, WBS ile yapılan ihraçların niteliğinin tespit edilmesi bakımından da gereklidir. Menkul kıymetleştirme kavramı ele almadan, öncelikle menkul kıymetleştirmenin finansman yöntemleri içindeki yerine ve bu konudaki bazı sınıflandırmalara değinilmesi yerinde olacaktır.

Dünyada menkul kıymet ihracı gerçekleştirilerek işletmelerin finansmanının sağlanması bakımından son dönemde, tahvil ihracı gibi geleneksel yöntemler dışındaki finansman yöntemlerinin kullanımı artmaktadır. Ticari işletmelerin ve özellikle de ticari ortaklıkların menkul kıymet ihracı ile finansmanı bakımından uygulanan finansal yöntemler, bilanço içi (*on-balance sheet*) ve bilanço dışı (*off-balance sheet*) olarak iki farklı yapıda gerçekleştirilmektedir. Bilanço içi-dışı ihraç ayrımı, menkul kıymetlerin sahiplerinin sahip bulunduğu hakların kapsamı bakımından da farklılığa neden olmaktadır.

Bilanço içi finansman sisteminde, geleneksel tahviller ve teminatlı tahviller (*covered bonds*) gibi tahvil türevleri kullanılmaktadır. Bu sistem, Kıta-Avrupasında egemen olan finansman yöntemi niteliğindedir. Bilanço dışı finansman sisteminde ise genel olarak, yapılandırılmış finansman (*structured finance*) ve menkul kıymetleştirme (*securitization*) ile menkul kıymet ihracı gerçekleştirilmektedir.

Menkul kıymetleştirme sistemi, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukuku ve Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde baskın finansman uygulamasıdır. Bu sistem, konusu olan finansal varlıklar ve buna bağlı özellikler bakımından *mortgage* menkul kıymetleştirmesi (*mortgage securitization*) ve varlığa dayalı menkul kıymetleştirme (*asset-backed securitization*) olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bu sınıflandırma bakımından *mortgage* menkul kıymetleştirmesi (*mortgage-backed securitization*) dışındaki bütün menkul kıymetleştirmeler “varlık menkul kıymetleştirmesi” (*asset backed securitization*) kapsamındadır.

Varlık menkul kıymetleştirmesi, genellikle motorlu araç kredileri, kredi kartı alacaklarının (varlık) menkul kıymetleştirmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir. Varlığa dayalı menkul kıymetleştirme sonucunda

ihraç edilen menkul kıymetler, varlığa dayalı menkul kıymet (*Asset-Backed Security-ABS*) olarak adlandırılmaktadır¹.

Son dönemde ortaya çıkan yeni dönem varlık menkul kıymetleştirme örnekleri ise sigorta menkul kıymetleştirilmesi² ve ticari işletme menkul kıymetleştirmeleridir. Ancak, aşağıda ele alınacağı üzere bu çalışmanın konusu olan ticari işletme menkul kıymetleştirmesinin özellikle kaynak Birleşik Krallık (UK) bakımından teknik anlamda varlığa dayalı menkul kıymetleştirme olması hususu tartışmalıdır.

Menkul kıymetleştirmeler bakımından yapılan bir diğer ayırım ise ihraç için kullanılan finansal varlıkların (nakit akımlarının) hâlihazırda mevcut alacaklar olması veya ileride doğması beklenen alacaklar (*securitization of future cash flows*) olması konusundadır³. Bu sınıflandırmada WBS, gelecekte doğacak alacaklardan kaynaklı nakit akımlarının menkul kıymetleştirilmesi niteliğini haizdir⁴.

II. Menkul Kıymetleştirme (*Securitization*) Kavramı

1. Kısaca Tarihi Gelişim Süreci

Menkul kıymetleştirme sisteminin özünde, bir kredinin (finansal alacak/ varlık) bütün olarak devredilmesi ile ona katılımın sağlanması düşüncesi yer almaktadır. Bu yöndeki ticari işlemlerin geçmişi ise 1880'lere dayanmaktadır. Münferit kredi alacağının satılmasının (devir) bünyesindeki zorluklar, benzer alacakların toplu olarak devrine imkân sağlayan bir finansal sistemin hukuken ortaya çıkarılmasını sağlamıştır.

¹ ABS ihraçlarına ilginç bir örnek olarak David Bowie'nin ilk 25 albümünün gelirlerinin 1998 senesinde menkul kıymetleştirilmesi belirtilebilecektir (*Bowie bonds*), (Kothari, V. : *Securitization: The Financial Instrument of the Future*, John Wiley & Sons, Singapore 2006, s. 65 (Book)).

² Sigorta menkul kıymetleştirilmesi, sigortacılıktan kaynaklanan riskin, finansal mühendislik olarak nitelendirilen bir süreç ile oluşturulan ve ihraç edilen menkul kıymetler (finansal araçlar) aracılığı ile sermaye piyasalarına dağıtılması olarak tanımlanmaktadır.

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gorvett, R. W.** : "Insurance Securitization: The Development of a New Asset Class", 22.05.2016 tarihinde <http://www.casact.org/pubs/dpp/dpp99/99dpp133.pdf> adresinden erişildi. s. 137-147; **McMillian, Todd V.** (2001-2002). "Securitization and the Catastrophe Bond: A Transactional Integration of Industries through a Capacity-Enhancing Product of Risk Management", Connecticut Insurance Law Journal, C. 8, S.1, s.131 vd; **Krieger R. A./Tompkins, W.** (1998). Analyzing Insurance Linked Securities, Goldman, Sachs & Co., s. 3 vd.; <http://www.rms.com/Reports/rkcat.pdf>.

³ **Fabozzi, F. J. /Kothari, Vinod** . (2008). Introduction to Securitization, John Wiley & Sons, New Jersey, s. 187.

⁴ **Fabozzi/Kothari**, s. 187 vd. .

Finansal bir yenilik olarak menkul kıymetleştirme, belirli vadelerdeki anapara ve/veya faizden oluşan öngörülebilir nakit getiri akımlarına sahip varlıkların, gruplanarak menkul kıymetler aracılığı ile satışa konu olma sürecidir⁵.

Menkul kıymetleştirme sistemi ile finansman sağlanması, ABD sermaye piyasası hukuku kaynaklı bir uygulamadır. Menkul kıymetleştirme sisteminin gerçek/teknik anlamındaki ilk uygulaması, gerçek satışa menkul kıymetleştirme (*true sale securitization*) nitelikli *mortgage* sistemi olarak gerçekleştirilmiştir⁶. ABD dışındaki geniş anlamda *mortgage* menkul kıymetleştirme örnekleri, 18. yüzyılda görülmüştür⁷.

Gerçek/teknik anlamda ilk menkul kıymetleştirme uygulaması olan ABD *mortgage* sisteminin kökenleri 1930'lardaki büyük buhran dönemine dayanmakla birlikte, sistemin kuruluşu, bir devlet projesi olarak 1970'lerde kamusal destekli kuruluşlar (*Government Sponsored Enterprises-GSE*⁸) eliyle sağlanmıştır⁹. Menkul kıymetleştirme sisteminin

⁵ **Kravitt, Jason H. P.** (2013). *Securitization of Financial Assets*, Third Edition, C.I-II, NewYork, s. 1-1.

⁶ ABD'de geniş anlamda menkul kıymetleştirme olarak nitelendirilebilecek uygulamalar, 18. yüzyılda ve özellikle 1900'lerin başından itibaren varlık menkul kıymetleştirme şeklinde görülmüştür, (**Shenker, Joseph C./ Coletta, Anthony J.** (1990-1991). "Asset Securitization: Evolution, Current Issues and New Frontiers", *Texas Law Review*, S. 69, s. 1363 vd.) .

⁷ Burada, 1793 ve 1794'te Hollandalı tacirler tarafından (Holland Land Company), ABD'de gerçekleştirilen iki gayrimenkul projesi ile ilgili olarak, "*negotiates*" olarak adlandırılan, *mortgage* teminatlı tahvillerin (*mortgage-backed bond*) Hollanda sermaye piyasalarında yatırımcılara sunulması, örnek olarak verilmektedir, (**Frehen, R./ Rouwenhorst, Geert K. / Goetzmann, William N.** (2012). *Dutch Securities for American Land Speculation in the Late-Eighteenth Century*, s. 1 vd. 01.08. 2014 tarihinde <http://www.nber.org/chapters/c12795.pdf> adresinden erişildi) .

⁸ Kamusal destekli kuruluşlar, genel olarak belirli kredi piyasalarındaki (konut *mortgage* piyasası, tarım) fon akışını düzenlemek ve takip etmek üzere federal düzeyde bir kanun ile özel hukuk mülkiyetine tabi olmak üzere kurulan ve düzenlenen (*chartered*) finansal kuruluşlardır. Bunlara örnek olarak, "Fannie Mae", "Freddie Mac" ve "Federal Home Loan Banks", "Farm Credit System" ve Farmer Mac (Farmer's Home Administration) verilebilecektir, (**The Congress of the United States Congressional Budget Office.** (2001). *Federal Subsidies and The Housing GSEs*. 22.04.2016 tarihinde <http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/28xx/doc2841/gses.pdf> adresinden erişildi).

hızla tesisini ve gelişmesini *mortgage* sistemi özelinde sağlayan kamusal kuruluşlardan¹⁰ en önemlileri, kamusal destekli kuruluş niteliğindeki Freddie Mac¹¹ ve Fannie Mae'dir¹².

Menkul kıymetleştirme, ABD hukukunda düzenleme eksikliği ve ekonomik krizler beraberinde gelişim göstermiştir¹³. Menkul kıymetleştirme zamanla uygulanma alanını, *mortgage* alacakları dışındaki finansal alacakları/varlıkları da kendisine konu almak suretiyle genişletmiştir.

2. Tanım

Menkul kıymetleştirme (*securitization/securitisation*¹⁴), küresel anlamda son dönemde görülen en önemli hukuki-ticari yenilik niteliğini haiz bir finansal araç ve sistemdir¹⁵. Bu sistemde, tek başına devri zorluk arz eden para alacakları (dayanak alacaklar) homojen şekilde oluşturulan havuzlar üzerinden toplu halde devredilebilmektedir. Menkul kıymetleştirme kavramı, ilk bakışta salt kelime anlamı olarak, belirli varlıkların menkul kıymet haline getirilmesi veya onunla ilişkilendirilmesi şeklinde algılanabilecektir. Ancak bu kavram, gerçek anlam ve niteliği

⁹ “*Federally sponsored quasi -governmental corporation*” kavramı ile ilgili olarak için bkz. **Horton, Brent J.** : “In Defense of Private Label Mortgage-Backed Securities”, Florida Law Review, S. 61 (2009), s. 845.

⁹ **Forte, Joseph Philip.** (Fall 1996). “Capital Markets Mortgage: A Ratable Model for Main Street and Wall Street”, Real Property, Probate and Trust Journal, S. 3, s. 2; Hill, C. A. . (1996). Securitization: “A Low-Cost Sweetener for Lemons”, Washington University Law Quarterly, C. 74, S. 4, s. 1063.

¹⁰ Kamunun dahil olduğu konut *mortgage* teminatlı bir menkul kıymet piyasasının, Freddie Mac ve Fannie Mae'nin kurulmasından yaklaşık yarım asır önceki büyük buhran (1929-1930) öncesi dönemde de var olduğu ifade edilmektedir, (**Goetzmann, William N./Newman, F.** . (2010). Securitization in the 1920's, National Bureau of Economic Research-NBER Working Paper No:15650, Massachusetts, s. 18).

¹¹ Uygulamada “FHLMC” kısaltmasıyla da anılan, “Federal Home Loan Mortgage Corporation”.

¹² Uygulamada, “FNMA” olarak ifade edilen, “Federal National Mortgage Association”.

¹³ **Goetzmann/ Newman**, s. 1; **Simkovic, Michael.** (2013). “Competition and Crisis in Mortgage Securitization, Indiana Law Journal, S. 88, s. 216.

¹⁴ ABD dışında, özellikle Kıta-Avrupasında menkul kıymetleştirmenin karşılığı olarak “*securization*” yerine “*securitisation*” ifadesi kullanılmaktadır, (**Schwarcz, Steven L.** (2011). Securitization and Structured Finance, Elsevier's Encyclopedia of Financial Globalization 6, s. 1 vd. .

¹⁵ **Plank, Thomas E.** (2004). “The Security of Securitization and the Future of Security”, Cardozo Law Review, C. 25, S. 5, s. 1656 vd. .

bakımından çok daha karmaşık araç ve yöntemlerin kullanıldığı bir finansal sistemi ifade etmektedir.

Öğretide menkul kıymetleştirme, sözde daha önce var olmayan bir değeri ortaya çıkarması nedeniyle bir simya'ya (*alchemy*) benzetilmektedir¹⁶. Günümüzde geçirdiği hızlı gelişim nedeniyle farklı anlamları haiz olabilen menkul kıymetleştirme kavramı, esasında dar bir anlamı haiz teknik bir terimdir¹⁷. Menkul kıymetleştirme dar (gerçek) anlamda, bilanço dışı finansman niteliğindeki gerçek satışa dayalı menkul kıymetleştirme (*true sale securitization*) sistemini ifade etmektedir.

Bir yapılandırılmış finansman (*structured finance*) işleminin menkul kıymetleştirme olarak nitelendirilebilmesi, onun asgari bazı nitelikleri taşımasına bağlıdır. Bu nedenle, menkul kıymetleştirme, bilanço dışılık, gerçek satış, kurucusundan bağımsız şekilde yönetilen iflas korumalı özel amaçlı kuruluş (*special purpose vehicle-SPV*) gibi temel şartları sağlamalıdır. Kanımızca, menkul kıymetleştirme bakımından özellik arz eden ilk husus dayanak alacakların menkul kıymet yatırımcılarına en az kesinti ve üçüncü kişi taleplerinden yalıtılmış (varlık yalıtımı) şekilde aktarılmasıdır. Menkul kıymetleştirme bakımından özellik arz eden diğer husus ise dayanak alacaklardaki kredi riskinin yatırımcılara devrediliyor olmasıdır.

Menkul kıymetleştirme sisteminin işleyişi açık olmakla birlikte, tanımlanması konusunda yeknesaklık bulunmamaktadır¹⁸. Menkul kıymetleştirmeyi tanımlamadaki farklılıklar, esasa etkili olmaktan ziyade teorik temellidir.

Menkul kıymetleştirme bir tanımlamaya göre, menkul kıymetleştirilmeye uygun vade ve nakit akımı özelliklerini haiz para

¹⁶ **Schwartz, Steven L.** (1994). "The Alchemy of Asset Securitization", *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, S.1, s. 133-154 (Alchemy). Simya (*alchemy*), ortaçağ kimyagerlerinin değersiz maddeleri altına çevirme tekniğine yönelik uğraşlardır, (**Schwartz**, Alchemy, s. 134 dn. 3). SCHWARCZ, menkul kıymetleştirme işlemi için özel amaçlı kuruluş (SPV) kullanımını zorunlu görmektedir, (**Schwartz**, Alchemy, s. 133-135).

¹⁷ Çalışmamızda menkul kıymetleştirme kavramı bu anlamı ile kullanılmaktadır.

¹⁸ **Klee, Kenneth N./ Butler, Brent C.** (2002). "Asset-Backed Securitization, Special Purchase Vehicles and Other Securitization Issues", *Uniform Commercial Code Law Journal*, S. 35, s. 23 vd. .

alacağı şeklindeki finansal varlıkların,¹⁹ kaynak kuruluştan kaynaklanan taleplerden yalıtılmış biçimde “havuzlanarak” (*pooling*)²⁰ bütünleştirilmesi ve bu alacaklar karşılığında (dayanağında), menkul kıymetleştirilen varlığın türü ve ihraç edilen menkul kıymetin sahibine sağladığı hakların niteliğine göre çeşitlilik arz eden menkul kıymetlere bağlanmasıdır²¹.

Menkul kıymetleştirme, devir kolaylığı bulunmayan finansal aktiflerin pazarlanabilir sermaye piyasası araçlarına (menkul kıymetlere) dönüştürülmesi ve finansal kuruluşların ve diğer şirketlerin riskli varlıklarını toplayarak bir özel amaçlı kuruluşa gerçek satışla (*true sale*) devri süreci olarak da tanımlanabilmektedir²².

Menkul kıymetleştirme bir diğer tanımda, sahip olunan varlıklardaki kredi riskini devretmek ve bu varlıkları daha likit hale getirmek için yapılandırılmış ticari işlemlerinin kullanılmasıdır. Menkul kıymetleştirmenin, kredi riskinin yayılması yanında, daha güvenilir ve pazarlanabilir²³ menkul kıymetler oluşturulması amacına sahip olduğu da ifade edilmiştir²⁴. Menkul kıymetleştirme sürecinde ihraç edilen menkul kıymetler ile varlık havuzu arasında mülkiyet hakkı (*equity*) veya teminat ilişkisi kurulabilmektedir²⁵.

Menkul kıymetleştirme, LIPSON tarafından²⁶, belirli kredi güvenilirliğine sahip temel alacak haklarının (*primary payment rights*),

¹⁹ Konut *mortgage* teminatlı kredi alacakları, ticari *mortgage* alacakları, otomobil kredileri, kredi kartı alacakları gibi çeşitli akdi temelli düzenli gelir getiren diğer parasal alacaklar. Bu alacakların, öngörülebilir anapara ve/veya faiz getirili, belirli uzunlukta vade içeren varlıklar olması gereklidir.

²⁰ Ülkemizde havuzlama genel olarak, bir finans ortaklığının birden çok işletmenin/ortaklığın kendisine devredilen varlıklarına dayalı olarak, onların harmanlanması ile menkul kıymet çıkarılması ve bunların yatırımcılara arz edilmesi olarak da ifade edilmektedir.

²¹ **Kravitt**, s. 1-1; **Simkovic**, s. 216 vd. .

²² **Siems, Mathias M.** (2009). “The Foundations of Securities Law”, *European Business Law Review*, S. 20, s. 141-171. 22.05.2016 tarihinde <http://ssrn.com/abstract=1089747> adresinden erişildi.

²³ Dayanak varlıkların mülkiyetinin doğrudan devredilmesine oranla, burada yapılacak devrin daha kolay olması anlatılır.

²⁴ **Hill**, s. 1063 dn. 5.

²⁵ **Shenker/Coletta**, s. 1374-75.

²⁶ **Lipson, Jonathan C.** (2012). : “Re: Defining Securitization”, *Southern Carolina Law Review*, C. 85, S. 5, s. 1229 -1282.

kaynak şirket kaynaklı iflas ve diğer tasfiye taleplerinden bağımsız özel amaçlı kuruluşlarca satın alınması ve satın alınan bu alacaklar ile tanımlanmış (*value of the securities determined*) getirilere sahip menkul kıymetlerin doğrudan veya dolaylı olarak ihraç edilmesi, olarak tanımlanmıştır. LIPSON'un tanımı, SCHWARCZ tarafından eleştirilmiştir. SCHWARCZ'a göre "girdi" olan alacak, izolasyonu sağlayan yapı (*structure*) olan özel amaçlı kuruluş ve çıktı (*outputs*) olan menkul kıymet bakımından yapılan bu tanımlama yetersizdir²⁷. SCHWARCZ, ayrıca LIPSON'un tanımındaki belirli temel ana alacaklar (*primary payment rights*) ile sınırlı menkul kıymetleştirme tanımının, teminatl borç yükümlülüklerinin (*Collateralized Debt Obligations-CDO*), "gerçek birer menkul kıymetleştirme" olarak değerlendirilmemesi sonucuna neden olabileceğini belirtmektedir²⁸.

LIPSON'un "ara yapı" bakımından, kaynak şirketten kaynaklı taleplerden hukuki yalıtılmışlığı zorunlu bir unsur olarak öngörmesi, SCHWARCZ tarafından bazı menkul kıymetleştirmeler bakımından bunun şart olmaması²⁹ nedeniyle eleştirilmektedir.

LIPSON'un tanımındaki bir diğer eleştiri konusu ise, menkul kıymetlerin değerinin, özel amaçlı kuruluş üzerinden bağlantısının kurulduğu finansal varlıklara bağlanmış olması noktasındadır. SCHWARCZ bu varlıkların, menkul kıymetlerin ödeme vadelerine etki ettiğini kabul etmekle birlikte, yapılacak ödemelerin değerinin vadeden ziyade bu varlıkların faiz oranları ile ilişkide olduğunu belirtmektedir³⁰.

SCHWARCZ ayrıca, kanuni bir tanımlaması bulunmayan menkul kıymetleştirmenin zayıf/riskli alacakları dışlayan, iflas bağımsızlığını her durumda şart koşan sınırlayıcı bir tanımlamasının yapılmasını yerinde bulmamakla birlikte, geniş kapsamlı bir tanımlamanın da kapsamı

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Schwartz, Steven L.** (2012). "What is Securitization? and for What Purpose?", *Southern Law Review* C. 85, S. 5, s. 1283-1299 (What).

²⁸ **Schwartz**, What, s. 3, 4.

²⁹ Muhasebe standartları bakımından, "FAS 140" kurallarındaki değişiklikler beraberinde, "gerçek satış" değerlendirmesi için "iflas bağımsızlığı" şartının kaldırılmış olması burada belirtilebilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Brown, Mayer.** (22.06.2009). "Big Changes to Securitization Accounting", 23.05. 2016 tarihinde https://www.mayerbrown.com/files/Publication/fab3ec91-d064-4740-89b2-a9c42d373dc1/Presentation/PublicationAttachment/6a14e039-2b95-4246-85b8-bde2733bb7fb/UPDATE_Securitization_FASB_0609_V2.pdf adresinden erişildi.

³⁰ **Schwartz**, What, s. 6.

gereğinden fazla genişletebileceğini ifade etmektedir³¹. Menkul kıymetleştirme tanımının genişletilmesi onunla ilgili düzenlemelerinde sınırlandırılmasını güçleştirecektir.

Türk hukuku bakımından menkul kıymetleştirme süreci genel bir tanımlamayla, özünde borçlar hukuku anlamında ödünç sözleşmesinden kaynaklanan alacakların ivazlı temlik edilmesi ve bu alacakları devralan kuruluşlar tarafından bu alacaklardan oluşan havuzlarla (*pool*) ilişkili menkul kıymetler ihraç edilmesi olarak ifade edilebilecektir.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından da “geleneksel menkul kıymetleştirme”³² ve “menkul kıymetleştirme” tanımları yapılmıştır. Geleneksel (gerçek) menkul kıymetleştirme burada “menkul kıymetleştirmeye konu varlıkların bu menkul kıymetleri ihraç eden özel amaçlı menkul kıymetleştirme şirketine; menkul kıymetleştirmeye konu varlıkların sahipliğinin devredilmesi veya ikincil katılımlar yoluyla ve ihraç edilen menkul kıymetlere ilişkin ödemeler menkul kıymetleştirme kurucusu bankanın yükümlülüğünde olmayacak şekilde ekonomik devri” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamada, “gerçek satış” ve “özel amaçlı kuruluş” kullanımı esas alınmıştır.

BDDK “menkul kıymetleştirme”yi ise, maruz kalınan bir riskle veya risk havuzuyla bağlantılı kredi riskinin dilimlere ayrıldığı, ödemelerin taşınan riskin veya risk havuzunun performansına bağlı olduğu ve kayıp dağılımının bu dilimlerin sıralamasıyla belirlendiği menkul kıymet ihracına yönelik işlem veya planı olarak, tanımlanmaktadır³³. Geniş kapsamlı bu tanım ile daha çok menkul kıymetleştirmenin finansal mühendislik ile oluşturulan ihraç yapılarını (sentetik menkul kıymetleştirme gibi) da kapsar nitelikte olması amaçlanmıştır.

Sonuç olarak kanımızca ABD kaynaklı *mortgage* sistemi ile ilk kez uygulanmış olan “menkul kıymetleştirme” kavramı veya sistemi, bilanço dışılık, gerçek satış ve özel amaçlı kuruluş tarafından menkul kıymet

³¹ Schwarcz, What, s. 9-11.

³² 28.06.2012 tarih ve 28337 sayılı RG’de yayımlanan “Menkul Kıymetleştirmeye İlişkin Risk Ağırlıklı Tutarların Hesaplanması Hakkındaki Tebliğ” (BDDK Risk Tebliği) m. 3(1)(g).

³³ 06.09.2014 tarih ve 29111 sayılı RG’de yayımlanan “Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” (Sermaye Yeterliliği Yönetmeliği) m. 3(1)(uu).

ihracının temel alındığı finansman sistemini ifade eden teknik bir terimdir. Gerçek satışa dayalı veya geleneksel menkul kıymetleştirme, menkul kıymetleştirme kavramının esas karşılığını oluşturmaktadır. Menkul kıymetleştirme kavramı ile ifade edilen sistemin, gerçek satış, bilanço dışılık, üçüncü kişi taleplerinden korunaklı ihraççı özel amaçlı kuruluş gibi asgari nitelikleri bulunmaktadır. Zaman içerisinde ortaya çıkan “yapay menkul kıymetleştirme” (*synthetic securitization*) ve “yeniden menkul kıymetleştirme” (*re-securitization*) gibi uygulamalar, menkul kıymetleştirmeden farklılık arz etmektedir. Yapay menkul kıymetleştirme ürünü kredi temerrüt takasları (*credit default swaps*) menkul kıymetleştirme uygulamalarında dış kaynaklardan sağlanan kredi değerini artırım/kredi riskini azaltım³⁴ (*credit enhancement*) araçlarından en önemlilerindendir.

3. Menkul Kıymetleştirme Sisteminin İşleyişi

Gerçek satışa dayalı menkul kıymetleştirmede, “kaynak kuruluş” (*originator*)³⁵ olarak adlandırılan finansal kuruluşlar, mevcut alacaklarını “gerçek satış” (*true sale*) şeklinde ivazlı devir yoluyla kesin olarak bilanço dışına çıkarırlar. Burada finansal varlıkları menkul kıymet ihracında kullanmak üzere devralan kuruluş, özel amaçlı kuruluş (SPV) olarak adlandırılmaktadır. Son dönemde menkul kıymetleştirme sürecinde devredilen finansal alacaklardan kaynaklı kredi riskinin belirli oranda (%5’ten az olmamak üzere) “menkul kıymetleştiriciler”de

³⁴ “Kredi riski azaltımı” gibi farklı isimlerle de ifade edilebilen bu kavram, kredi riskinin (borçlunun temerrüde düşme riski) kullanılan çeşitli yöntemlerle (iç ve dış kaynaklı) azaltılmasını anlatmaktadır.

Kredi riskinin azaltımı yöntemleri, menkul kıymetleştirmelerdeki ihraççı kuruluş (SPV) bünyesinde ihraç edilen menkul kıymetlerden kaynaklı yükümlülükleri zamanında ifayı teminat altına almak için kullanılan çeşitli akdi ve yapısal yöntemlere verilen genel isimdir. Burada kullanılan yöntemlerle ilgili somut uygulamalar için bkz. **Stone, Charles Austin/ Zissu, Anne.** (2012) : *The Securitization Markets Handbook*, Second Edition, John Wiley & Sons, New Jersey, s. 33. Türk hukukunda bu kavram, BDDK Sermaye Yeterlilik Yönetmeliği m. 3’te bankaca maruz kalınan kredi riski tutar ya da tutarlarının azaltımı amacıyla kullanılan teknik olarak tanımlanmıştır.

Türk hukukunda bankalara yönelik bu konudaki düzenlemeler ile ilgili olarak bkz. BDDK tarafından 06.09.2014 tarihinde 29111 sayılı RG’de yayımlanan “Kredi Riski Azaltım Tekniklerine İlişkin Tebliğ”.

³⁵ Menkul kıymetleştirme terminolojisinde menkul kıymetleştirilen alacağı akdederek onu ortaya çıkararak ve o finansal ilişkide alacaklı konumunda bulunan finansal kuruluştur.

(kaynak/sponsor kuruluşlar) kalması zorunludur (*credit risk retention rule*)³⁶.

Burada kaynak kuruluş, sahip olduğu finansal alacakları "gerçek satış" şeklinde ihraççı özel amaçlı kuruluşa devretmekte; özel amaçlı kuruluşa devraldığı bu alacaklar karşılığında menkul kıymet ihraç etmektedir. Kaynak kuruluş ve/ya sponsor³⁷ kuruluşun, ihraççı özel amaçlı kuruluşun ihraç ettiği menkul kıymetlerden kaynaklanan bir yükümlülüğü bulunmaz. Menkul kıymetleştirme ile ihraç edilen menkul kıymetlerin arzı genel olarak kurumsal yatırımcılara yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Bu durum, kurumsal kuruluşların kuruluş belgelerinde yüksek kredi notunu haiz menkul kıymetlere yatırım yapmalarının zorunlu tutulmasının bir sonucudur.

Burada kaynak/sponsor kuruluş ile özel amaçlı kuruluş ilişkisi bakımından ya ihraç edilen menkul kıymetlerin bedeli, belirli bir iskonto karşılığında kaynak kuruluşa aktarılmakta ya da devralman finansal alacakların bedeli olarak kaynak kuruluşa ihraç edilen menkul kıymetlerden verilmektedir. Özel amaçlı kuruluş, ihraç ettiği menkul kıymetlerin sahiplerine yapılacak ödemeleri ise, devraldığı finansal alacaklardan kaynaklı nakit akımlarından karşılar. Özel amaçlı kuruluş, alacakları devralmanın karşılığı olarak kaynak kuruluş ve/ya sponsor kuruluşa yapacağı devir bedeli ödemesini ise menkul kıymet ihracından elde edeceği gelir ile karşılayacaktır.

En sade haliyle yukarıdaki şekilde anlatılabilecek olan sistem, uygulamada çok daha karmaşık şekilde işlemektedir. Öncelikle sistem dâhilinde birbirinden farklı isimleri haiz çok farklı türde ve sınıfta menkul kıymet ihraç edilmektedir. İkinci olarak ise, uygulamada yatırımcılar lehine SPV'nin talep yalıtkanlığının (*bankruptcy remote*) sağlanması amacıyla çift katmanlı (*two-tier*) SPV kullanılabilir. Sistemde kredi kalitesinin artırımı kavramı dâhilinde iç ve dış kaynaklı çok sayıda

³⁶ Taşın altına elini koymak (*Skin in the game*) olarak da ifade edilebilecek bu kural, "Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (Dodd-Frank)" sec. 941 ile Securities Exchange Act of 1934 sec. 15G'ye (15 United States Code Sec. 78o-11) eklenmiştir.

Bu kural hakkındaki değişiklik teklifi için bkz. <http://www.sec.gov/rules/proposed/2013/34-70277.pdf> 22.05.2016 tarihinde erişildi.

³⁷ Uygulamada kaynak kuruluş ve ihraççı kuruluş arasında sayısız devir söz konusu olabilmektedir. Genellikle kaynak kuruluş ile aynı kuruluş olan sponsor kuruluş, menkul kıymetleştirme terminolojisinde özel amaçlı kuruluşun kurucusudur.

yöntem ve araç kullanılmaktadır. Kanımızca, menkul kıymetleştirme sürecinin başarısı, süreç içinde kullanılan yöntem ve araçların bir bütünlük arz etmesine ve ihraç edilen menkul kıymetlerdeki sadelik ve açıklığın korunmasına bağlıdır. Böylece, menkul kıymetleştirmenin temel hedefi olan, getirisi yüksek ve güvenilir menkul kıymet ihracı sağlanabilecektir.

Sade yapı (plain vanilla) bir menkul kıymetleştirmede, özel amaçlı kuruluşun yükümlülüğü, nakit akımlarının ihraç belgelerindeki şartlar dairesinde menkul kıymet sahiplerine aktarımından ibarettir. Bu halde, menkul kıymetleştirmede ihraç edilen menkul kıymetler bakımından nihai (ultimate) alacaklı, menkul kıymet yatırımcıları; nihai borçlu ise dayanak finansmanlardaki borçlular olacaktır.

Menkul kıymetleştirme sistemi, finansal varlıklardan kaynaklanan kredi riskini, kaynak kuruluşun yatırımcılara devretmeyi amaçlamaktadır. Uygulamada, menkul kıymetleştirilen alacaklar ile kaynak kuruluş arasındaki yegâne hukuki bağ, devredilen bu alacaklara ilişkin hizmet sağlama (servicing) faaliyetinin alacağın yeni sahibini temsilen sürdürülmesidir³⁸.

Menkul kıymetleştirme konusu olabilecek varlıkların, ekonomik anlamda menkul kıymet ihracına imkân verecek şekilde nakit akımı sağlayabilecek olması gerekmektedir.

WBS yapısındaki menkul kıymet ihraçları, özellikle Birleşik Krallık (UK) bakımından yukarıda anlatılan sistemden farklı şekilde işlemektedir. WBS’de UK bakımından SPV kullanımı, bilanço dışılık, gerçek satış, iflas koruması gibi nitelikler yerine UK iflas hukukundaki özgün düzenlemeler ile bir “menkul kıymetleştirme” gerçekleştirilmektedir. WBS’nin teknik anlamda menkul kıymetleştirme olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. WBS, geniş anlamda menkul kıymetleştirme kavramı dâhilinde ele alınmalıdır. Aşağıda ele alınacağı üzere, UK iflas hukuku düzenlemelerinden farklı düzenlemelere sahip ABD-Japonya bakımından WBS, özel amaçlı kuruluş kullanımı nedeniyle menkul kıymetleştirme niteliğini sağlamaya daha yakındır.

³⁸ Bell, Ian/Dawson, Petrina. (2002). “Synthetic Securitization: Use of Derivative Technology for Credit Transfer”, Duke Journal of Comparative & International Law, S. 12, s. 549-550.

III. Whole Business Securitization

1. Genel Değerlendirme ve Tanım

WBS ilk kez, 1990'larda Birleşik Krallık'ta öncelikle özelleştirmelerde³⁹ kullanılmaya başlanan bir “menkul kıymetleştirme” uygulamasıdır⁴⁰. WBS'yi anlatmak üzere, ortaklık menkul kıymetleştirilmesi (*corporate securitization*), işletme varlıklarının menkul kıymetleştirilmesi (*securitization of operating assets*), işletme gelirlerinin menkul kıymetleştirilmesi (*operating revenues securitization*) ve melez finansman (*hybrid finance*) ifadeleri de kullanılabilir⁴¹.

WBS ile bir işletmenin net/bakiye gelirlerini veya değerini (*residual value*)⁴² temsil eden menkul kıymet ihracı gerçekleştirilmektedir. WBS ile genel olarak, gelecekte doğacak nakit akımları menkul kıymetleştirilmektedir (*future receivables securitization*)⁴³. WBS sürecinde, geleneksel menkul kıymetleştirmelerden farklı olarak, hâlihazırda mevcut gelirler yerine gelecekte ortaya çıkarılacak (*origination*) gelirler kullanılmaktadır⁴⁴. İleride ortaya çıkacak gelirlerden kaynaklı nakit akımlarının menkul kıymetleştirilmesi bakımından bir ineğin varlığı halinde ortada henüz süt olmasa bile ileride üretilen sütün menkul kıymetleştirilebileceği örneği verilmektedir⁴⁵. Ancak bunun ön şartı, bu ineğe her sahip olanın, o inekten süt alabilecek olmasıdır. Eğer hem inek hem de süt yoksa ortada menkul kıymetleştirilebilmeye uygun bir varlık da bulunmamaktadır.

³⁹ <http://vinodkothari.com/wholebusiness/>, 22.05.2016 tarihinde erişildi.

⁴⁰ Günümüzde ABD, Japonya, Malezya'da da uygulanan bu sistemin, Hong-Kong ve Singapur'da da uygulanması tartışılmaktadır, (Hill, C. A. (2002). “Whole Business Securitization in Emerging Markets”, Duke Journal of Comparative & International Law, Symposium: International Securitization and Structured Finance, C. 12, S. 2, s. 521-533 (WBS) ; Murakami, Yusuke. (2012). Innovative Securitization after the Crisis? Whole Business Securitization in the U.S. and Japan, Harvard Law School Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Tezi, s. 1-7. <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/symposia/brazil/yusuke-murakami.pdf> adresinden 01.08.2014 tarihinde erişildi).

⁴¹ Fabozzi/Kothari, s. 195.

⁴² Diğer yükümlülükler ödendikten sonra kalan meblağdır.

⁴³ Standard & Poor's, Criteria. (17. 08 2007). Corporate Performance Assessment For Global Structured Finance Transactions Backed By Future Receivables.

⁴⁴ Fabozzi/Kothari, s. 195.

⁴⁵ Fabozzi/Kothari, s. 188.

WBS’de kullanılan ihraç yapısında menkul kıymet geri ödemeleri, işletmenin fiili gelirleri ile doğru orantılı şekilde dalgalı bir seyir izleyebilecektir⁴⁶. WBS ürünü menkul kıymetlerin ihraç bedeli, işletmenin alacakları için önceden öngörülen nakit akımlarına oranla iskonto olmaktadır. Bu fark (iskonto), yatırımcıların esas karını oluşturmaktadır. WBS işlemi, bu yönüyle faktöring işlemi ile de benzerlik arz etmektedir.

WBS uygulamasının, bir nevi “menkul kıymetleştirilmiş, kredili/kaldıraçlı satın alma” (*secuitized, leveraged buyout-LBO*⁴⁷) olduğu da ifade edilmektedir⁴⁸. WBS’nin niteliği bakımından teminatlı ve teminatsız borç finansmanının bir karması olduğu da belirtilmiştir⁴⁹. WBS ile teminatlı kredi ilişkisi arasındaki temel fark, WBS finansmanın SPV tarafından ihraç edilen menkul kıymetler aracılığı ile sağlanıyor olmasıdır⁵⁰.

WBS uygulamasında ihraç edilen menkul kıymetlerin ödenebilmesi için dayanak varlıklardan gelir elde edilmesinin gerekli olması, onu klasik ortaklık finansmanı yöntemlerine yaklaştırmaktadır⁵¹. WBS sisteminde yatırımcının aldığı kredi riski, karşılık işletmenin çalışmaya devam etmesi ve öngörülen şekilde gelir sağlaması şeklindedir.

WBS, işletmenin elde ettiği nakit akımlarının doğrudan yatırımcılara aktarılması gibi varlığa dayalı menkul kıymetleştirmenin birçok özelliğini bünyesinde barındırmaktadır. Bununla birlikte WBS’nin geleneksel menkul kıymetleştirmelerden şu temel farklılıkları bulunur: Gelirler yanında ticari işletmenin bütün malvarlığının da menkul kıymetleştirme konusu yapılması; kredi riski konusunda bir ayırıştırmanın (ve risk transferinin) yapılmaması⁵². Öğretide WBS’nin varlığa dayalı

⁴⁶ Paul, A. U. Ali/ Kanako, Yano. (2004). Eco-finance: The Legal Design and Regulation of Market-based Environmental Instruments, Kluwer Law International, s. 37-38.

⁴⁷ LBO uygulamasında bir şirketin satın alınması, ilgili şirketin varlıkları teminat gösterilerek alınan finansmanlar ile sağlanmaktadır, (<http://www.investopedia.com/terms/l/leveragedbuyout.asp>).

⁴⁸ <http://vinodkothari.com/wholebusiness/>.

⁴⁹ Chesler, C. . (Summer/Fall 2007). “A New British Invasion? Whole Business ABS (A Wholly Securitizable Business)”, American Securitization, C. 1, S. 2, s 49.

⁵⁰ Fabozzi/Kothari, s. 196.

⁵¹ Fabozzi/Kothari, s. 187.

⁵² Hill, WBS, s. 521; Robbé, Jan Job de/ Ali, Paul A. U/Coyne, Tim .(2008). Vries Securitization Law and Practice: In the Face of the Credit Crunch, Kluwer Law International, s. 373.

menkul kıymetler (*asset-backed securities*-ABS) ve geleneksel ortaklık finansmanı arasında bir noktada bulunduğu ve tartışmalı da olsa ikincisine daha yakın olduğu belirtilmektedir⁵³.

WBS ile yapılan menkul kıymet ihracının teminatı, ilgili işletmenin bütün malvarlığı değerleri ve hatta payları oluşturmaktadır⁵⁴. WBS ihracına konu olan işletmenin malvarlığı konusunda bir ayrıma gidilmemektedir. Malvarlığında ayrıma gidilmemesi nedeniyle işletmenin sahip olduğu marka patent gibi sınai mülkiyet hakları da ilgili ihraçlar bakımından karşılık/dayanak varlık niteliğindedir.

WBS, sadece belirli bir finansal alacak havuzunun ihraç edilen menkul kıymetlerin hem karşılık/dayanak hem de teminat işlevini haiz olduğu geleneksel menkul kıymetleştirmelerden daha karmaşıktır. Bunun nedeni, bir işletmenin kendisinin veya bir işletmesinin sağladığı bakiye (*residual*) gelirlerden oluşan nakit akımının, bir bütün olarak menkul kıymet ihracına karşılık/dayanak oluşturmasıdır. Bir diğer ifadeyle burada işletmenin kendisi, bir nevi menkul kıymetleştirme terminolojisindeki varlık “havuz”unun işlevini görmektedir. Bu durum, menkul kıymet ihracında kullanılan varlıkların, kaynak kuruluşun diğer varlıklarından yalıtılması şeklindeki geleneksel menkul kıymetleştirme uygulamasını da gereksiz kılmaktadır.

WBS'nin, ilk kez uygulandığı UK ve onun iflas hukukunu temel alan ülkelerdeki uygulaması ile başta ABD ve Japonya olmak üzere diğer ülkelerdeki uygulaması birbirinden farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte WBS, bir ticari işletmenin gelecekte elde edeceği⁵⁵ işletme gelirlerini genellikle bir bütün olarak temsil eden menkul kıymetlerin ihracı ile gerçekleştirilen; işletmenin bütün malvarlığının bu ihracın teminatını oluşturduğu; “menkul kıymetleştirme” olarak adlandırılan bilanço içi⁵⁶ işletme finansmanı yöntemi olarak tanımlanabilecektir. WBS sisteminde SPV'nin menkul kıymet ihracı ile sermaye piyasalarından elde

⁵³ **Kothari V.** : “Whole Business Securitization: Secured Lending Repackaged? A Comment on Hill”, *Duke Journal of Comparative & International Law, Symposium: International Securitization and Structured Finance*, C. 12, S. 2 (2002), s. 537 (WBS).

⁵⁴ <http://vinodkothari.com/wholebusiness/>.

⁵⁵ Bunların yanında halihazırda akdedilmiş sözleşmelerden kaynaklı gelirler de WBS konusu olabilecektir. Bu konuda örnek verilebilecek “Dunkin Brands Inc.” WBS işlemi için bkz. Murakami s. 22 vd. .

⁵⁶ **Fabozzi/Kothari**, s. 190. Ancak, burada ABD WBS uygulamasında gerçek satışa dayalı menkul kıymet ihracının gerçekleştirildiği unutulmamalıdır.

ettiği fon ilgili varlıkları halen kontrolü altında tutan kaynak/operatör kuruluşu aktarılmaktadır. WBS, geleneksel menkul kıymetleştirmelerden SPV'ye gerçek satış şeklinde bir varlık devrinin yapılmayışı ve gelecekte ortaya çıkacak işletme alacakların kullanımı bakımından ayrılmaktadır.

2. Başlıca Yararlı Yönleri

WBS uygulamasının ortaya çıkışında, tasfiye halindeki bir işletmenin kontrolünün sağlanması, iflas masraflarının azaltılması⁵⁷ ve işletmenin henüz bilançoda yer almayan gelecekteki gelirlerinin menkul kıymetleştirilebilmesi⁵⁸ gibi yararlı yönler etkili olmuştur.

WBS, özellikle UK uygulamasında SPV'ye gerçek satış yapılmaması nedeniyle bir bilanço içi finansman yoludur(*on-balance sheet funding method*). Bu nedenle UK uygulamasında, menkul kıymetleştirmelerdeki bilanço dışı finansman (*off-balance sheet funding method*) niteliğinin sağladığı yararlar bulunmaz.

WBS yolu ile finansman sağlayacak şirketler/işletmeler, genellikle kendi kredi notları yüksek olmayan; diğer bir ifadeyle tahvil ihracı ile ucuz finansman elde edemeyecek riskli şirketlerdir. Klasik borçlanma araçları veya diğer menkul kıymetleştirme yöntemleri yerine bir ticari işletmenin gelirlerinin bütünüyle menkul kıymetleştirilmesinin neden tercih edildiği hususu ise çok açık değildir⁵⁹. WBS kullanımına gerekçe olarak, alternatif yöntemlere göre daha yüksek tutardaki finansmanı az bir maliyet sağlama gösterilebilecektir.

Geleneksel fon sağlama yöntemlerinin hepsinde kaynak şirket konusunda mevcut olan performans (geri ödeme ve temerrüt) riski, menkul kıymetleştirme bakımından da mevcuttur. Ancak, gelecekteki nakit akımlarının menkul kıymetleştirilmesi, kredi riski ve ülke risklerini⁶⁰ bertaraf etmektedir⁶¹. Kaynak kuruluşun geri ödeme riski ile kredi riski kavramları birbirinden farklı anlamları haizdir. Kredi riski, kaynak kuruluşun elinde nakit akımı varken yatırımcılara ödeme yapmaması

⁵⁷Özellikle, ABD uygulamasında iflas süreci oldukça masraflı şekilde gerçekleştirilmektedir.

⁵⁸ **Kothari**, WBS, s. 540.

⁵⁹ **Hill**, WBS, s. 521.

⁶⁰ Bu risk uluslararası finansmanlarda görülür. Bkz. **Fabozzi/Kothari**, s. 191.

⁶¹ **Fabozzi/Kothari**, s. 191.

halini ifade eder. SPV, hukuken menkul kıymetleştirilen nakit akımlarını kaynağında elde etmek konusunda yetkilendirilerek kredi riski ortadan kaldırılmaktadır.

WBS'nin, bu şekilde finansman sağlayan işletmeler için beş temel faydası bulunmaktadır:

Öncelikle işletme, finansal varlıklarını işletmenin bir parçası olarak kullanmaya veya onlar üzerindeki kontrolünü sürdürmeye devam edecektir. Diğer bir ifadeyle gerçek menkul kıymetleştirmede olduğu üzere, bir varlık satışı ve bilanço dışılık söz konusu değildir. Bu avantaj, işletmenin faaliyetlerinin sürdürülmesi bakımından ticari işletme rehniindeki durum ile benzerlik göstermektedir.

İkinci olarak, WBS ile elde edilen finansman, ilgili işletmenin kendisinin sahip olduğu kredi notuna olumlu etki yapacaktır (*increased leverage*). Bu olumlu etki, bir diğer bilanço içi fon sağlama aracı olan tahvil yerine WBS'nin tercih sebeplerindedir. Kredi notu, üçüncü kişilerden (dış kaynaklı) sağlanan kredi riskini azaltım yöntemleri (*third party credit enhancements*) kullanılmaması halinde, yalnızca ilgili işletmenin taşıdığı risklere göre belirlenmektedir. WBS ihracı, ilgili işletmenin bütün ticari risklerini kapsamaktadır. Bu nedenle WBS'de, geleneksel menkul kıymetleştirmelerdeki gibi bir risk sınırlanması imkânı bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak, ihraççı işletme kendi kredi notundan daha yüksek kredi notlu bir menkul kıymet ihracı ile sermaye piyasalarından ucuz finansman imkânına kavuşabilecektir⁶². WBS ihracı ile işletmenin normalde ödeyeceği finansman faizi maliyetlerine göre, 100-200 baz puanlık bir indirimin sağlandığı belirtilmektedir⁶³.

Dördüncü olarak WBS, marka gibi işletmenin bilançosunda gösterilemeyen fikri mülkiyet varlıkları bulunan işletmeler bakımından çekici bir finansman yoludur.

En son olarak ise burada gerçekleştirilen finansmanın uzun vadeli olduğunu belirtebiliriz.

WBS'nin yatırımcılar bakımından başlıca yararlı yönleri olarak ise işletmenin belirli gelirlerinin havuzlanarak menkul kıymetleştirilmesi yerine, bütün gelirlerinin menkul kıymetleştirilmesinin ortaya çıkaracağı

⁶² Murakami, s. 14.

⁶³ Chesler, s. 49.

avantaj ve olası bir temerrüt ve/veya iflas halinde yatırımcının ihraca kaynaklık eden işletmenin kontrolünü çeşitli yöntemlerle (akdi şartlar, bağımsız yöneticiler, altın paylar gibi) elde edebilmesi gösterilebilecektir⁶⁴.

3. Sistemin Farklı İşleyiş Yapıları ve Uygulama Örnekleri

A. Sistemin Farklı İşleyiş Yapıları

WBS, düzenli ve öngörülebilir gelir elde eden işletmeler için uygun olabilecek bir finansman yöntemidir⁶⁵. Bunun nedeni WBS ihracının, işletmenin geçmiş dönemlerdeki net gelir akımı verilerine göre tespit edilen gelecek dönemlerdeki gelir akımı beklentilerine göre yapılmasıdır.

WBS, genellikle işletme devralmalarında kullanılmaktadır. WBS sisteminde, devralınan işletmenin devir bedeli, gene işletmenin net/bakiye gelirleri ile re-finanse edilmektedir⁶⁶.

Kaynak kuruluş, kesin getirisi öngörülemez nitelikte olan gelecekteki nakit akımlarının menkul kıymetleştirilmesinde bu alacaklardan doğan nakit akımının bir kısmını yatırımcılara, diğer kısmını ise kendisine aktarır. WBS sisteminde, geleneksel menkul kıymetleştirmelere oranla daha yüksek bir “ek teminatlandırma” (*over-collateralization*)⁶⁷ yapılmaktadır.

WBS sistemi, yürütüldüğü ülkedeki hukuki düzene göre farklı şekillerde işleyebilmektedir. WBS'nin uygulanışı bakımından ilk grupta, kaynak UK ve ona benzer hukuk sistemlerinin uygulandığı ülkeler yer alır. İkinci grupta ise ABD ve Japonya gibi UK iflas düzenlemelerinin bulunmadığı ülkeler bulunmaktadır. Japonya bakımından hem ABD tipi gerçek satışa sayılı WBS'nin hem de UK tipi teminatlı krediye dayalı WBS sisteminin uygulanabildiği söylenebilecektir⁶⁸. Esasen her iki yapı da aynı ekonomik değeri elde etmeye yönelmektedir⁶⁹.

⁶⁴ Murakami, s. 18.

⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fabozzi/Kothari, s. 202.

⁶⁶ Fabozzi/Kothari, s. 152.

⁶⁷ Bu kavram, SPV bünyesinde (iç kaynaklardan) ihraç edilen menkul kıymetlerin geri ödemeleri için her vadede bu geri ödeme tutarlarından daha fazla kaynak tutulması şeklindeki kredi riskini azaltım yöntemini ifade eden teknik bir terimdir. Burada kayık kuruluşun performans riskine karşı yatırımcıların korunması hedeflenmektedir. Bkz. Fabozzi/Kothari, s. 194.

⁶⁸ Murakami, s. 30-33.

⁶⁹ Murakami, s. 49.

a. Teminatlı Kredi Sistemine Dayalı UK Yapısı

WBS sisteminde menkul kıymet ihracı ile işletme finansmanının sağlanması şu şekilde cereyan etmektedir: Öncelikle ihraççı SPV, sermaye piyasalarında tahvil ihraç ederek kendisi fon elde etmektedir. SPV ihraç ettiği tahvillerden elde ettiği gelir ile kaynak kuruluşu (kredi borçlusu) teminatlı kredi (*secured loan structure*) sağlayacaktır. WBS’de finansman sağlayacak işletme (kaynak şirket/operatör), ihraç için kullanılan SPV’den borç almaktadır.

UK tipi WBS sistemi uygulamasında, kaynak kuruluş (borçlu/operatör) ile SPV arasında işletmenin bütünü üzerinde kurulu bir teminatı (*floating charge*) haiz kredi/ödünç ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle WBS, gerçek satış⁷⁰ yerine kredi/ödünç ilişkisine dayanan bir sistemdir. Aşağıda ele alınacağı üzere bu teminatlı kredi ilişkisi, operatör kuruluşun iflası halinde, ihraççı SPV yöneticisinin, operatör kuruluşun bütünü üzerinde yönetim yetkisini haiz bir yöneticinin atmasına imkân vermektedir.

WBS’de kaynak şirket, aldığı krediyi sabit anapara ve faiz şeklinde geri ödemekle yükümlüdür. SPV’de aldığı bu ödemeyi ihraç ettiği tahvilleri itfa etmekte kullanacaktır. İşletmenin ve dolayısı ile alacakların kontrolünün operatör kuruluşta kalması nedeniyle UK tipi WBS, gerçek satış yerine gerçek kontrole (*true control*) dayalı olarak işlemektedir. UK tipi WBS’nin, geleneksel menkul kıymetleştirmelerden diğer bir farklılığı, SPV’nin kaynak/operatör kuruluşun bütünüyle bağımsızlığının (*orphan*) şart olmamasıdır⁷¹.

Japonya’da, UK benzeri iflas düzenlemeleri olmamasına rağmen WBS uygulamasının teminatlı kredi ilişkisi dâhilinde gerçekleştirildiği belirtilmektedir⁷².

WBS sürecindeki temel hukuki metin, kaynak kuruluş ile SPV arasındaki teminatlı kredi/ödünç ilişkisine dair sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler ile öncelikle “*floating charge*” niteliğinde bir alacak ihdas edilmektedir. Sözleşme kapsamında, SPV yöneticisinin, “*trigger event*” olarak belirlenen tetikleyici olayların gerçekleşmesi halinde

⁷⁰ Gerçek satış ile ayrıştırılan ve SPV’ye devredilen varlıklar, sadece ilgili menkul kıymet yatırımcılarının itfasında kullanılmaktadır.

⁷¹ <http://207.57.79.93/solomons/artwholesalecuration.htm> adresinden 22.05.2016 tarihinde erişildi.

⁷² Murakami, s. 30-32.

kaynak/operatör kuruluşa işletmeyi yönetmek üzere yönetici atama yetkisi de düzenlenmektedir.

Kaynak kuruluş ile SPV arasındaki kredi/ödünç sözleşmesi, kaynak/operatör kuruluşun ticari faaliyetleri (malvarlığı satışı ve borçlanma gibi) konusunda pek çok sınırlamayı da bünyesinde barındırmaktadır. Böylece, fiilen kaynak/operatör kuruluşun iflası ve menkul kıymet yatırımcıları dışındaki üçüncü kişi taleplerine konu olması ve işletmenin teminat değerinin azalması engellenmektedir.

Kaynak kuruluşun ödünç ilişkisi içerisinde borçlu olduğu SPV'ye yapacağı anapara ve faiz geri ödemelerinin yatırımcılara aktarılması, ihraç şartları çerçevesinde gerçekleştirilir. Kaynak kuruluşun iflası halinde SPV'nin (yöneticisinin), kaynak kuruluşun malvarlığını ve gelirlerini, öncelikle ihraç edilen menkul kıymet yatırımcılarının alacaklarının ödenmesi için kullanacak bir yediemin atama yetkisi bulunmaktadır. Belirtilen yetki, WBS'yi geleneksel teminatlı krediden farklı kılan temel husustur. WBS sisteminde SPV yöneticisinin belirtilen şekilde yetkilendirilmesi, menkul kıymet yatırımcılarının haklarının, gerçek satış olmaksızın iflas koruması (*safe-harbor rules*) altına alınmasını sağlamaktadır.

Kıta-Avrupasında kullanılan bilanço içi finansman araçları bakımından menkul kıymet yatırımcılarının haklarının iflas gibi üçüncü kişi taleplerinden koruması, farklı yöntemlerle sağlanmaktadır. Kıta-Avrupasında baskın bilanço içi finansman aracı olan teminatlı tahviller, teminatlı tahvil ihraççısının iflası halinde sahibine ihraççının bilançosunda yer alan ilgili teminat havuzlarından öncelikli yararlanma (*double recourse*) hakkı tanımaktadır.

b. Gerçek Satışa Dayalı ABD Yapısı

WBS günümüzde ağırlıklı olarak UK ve onu mehz alan hukuk sistemlerinde uygulanmaktadır. WBS'nin UK uygulamasına alternatif bir yöntem olarak gösterilen⁷³ ve başta ABD olmak üzere Japonya'da da uygulanan WBS sistemi ise gerçek satışa dayalı, farklı bir metodolojiye sahiptir⁷⁴.

⁷³ Murakami, s . 7-8.

⁷⁴ ABD ve Japonya'da uygulanan WBS sistemi, özellikle kullanılan çok çeşitli iç ve dış kaynaklı kredi riskini azaltım yöntemleri farklılık oluşturmaktadır. Belirtilen yapıda kullanılan çok sınıflı ihraç yapısında en üst /öncelikli sınıfta yer alan menkul kıymetler için "monoline" sigortacı veya bir tahvil garanti şirketi tarafından sağlanan sigorta

ABD Sermaye Piyasası Kurulunun (Securities Exchange Commission-SEC) ilk varlığa dayalı menkul kıymet düzenlemesi olan “Regulation AB”de WBS sistemi düzenlenmemiştir. WBS’nin, Regulation AB Item 1101(c)’de yer alan ABS tanımındaki menkul kıymetleştirilecek varlıklara dâhil olmaması, Regulation AB düzenlemelerinin WBS için uygulanmasına engeldir. WBS, Regulation AB düzenlemesinin sonraki sürümü olan “Regulation AB II”de ABS tanımına dahil edilerek, varlıklara, taraflara yönelik bilgilendirme zorunlulukları ve özellikle de WBS’ler bakımından uygulanabilir olmayan durağan havuz verisi (*static pool data*; Regulation AB, Item 1105) sunulmak zorunda kalınabilecektir.

ABD ve Japonya’da, UK iflas rejimindeki şekilde teminatlı alacaklıyı koruyan bir düzenleme bulunmaz. Bu nedenle kaynak kuruluşun kendisinden kaynaklı kredi riski ile menkul kıymetleştirilen gelirleri birbirinden ayırarak menkul kıymet yatırımcısını koruyacak yapı, farklı yöntemlerle oluşturulmaktadır. ABD ve Japonya’da kaynak kuruluş, borçlu (*borrower*) olarak değil *sponsor* olarak adlandırılmaktadır. Belirtilen yapıda yer alan SPV’ler, kaynak şirketin (*sponsor*⁷⁵) gelir getiren bütün faaliyetlerini menkul kıymetleştirmek üzere satın alırken; UK tipi WBS’de SPV, kaynak/operatör kuruluşa işletmenin bütün malvarlığı üzerinde teminat hakkını haiz şekilde kredi vermektedir⁷⁶.

ABD ve Japonya WBS uygulamasında sponsor kuruluş, WBS konusu işletmenin özünü oluşturan malvarlığı değerlerini bir bütün halinde SPV’ye devretmektedir. Kaynak/sponsor kuruluş ile SPV arasında teminatlı kredi ilişkisi bulunmamaktadır.

ABD ve Japonya WBS uygulamasında hemen hemen bütün iç kaynaklı kredi riskini azaltım metotları kullanılmaktadır. Bu metotlardan en sık kullanılanı farklı sınıflarda menkul kıymet ihracı (*tranching*) gerçekleştirilmesidir. Küresel finansal kriz öncesi dönemde ABS’ler için kredi riskini azaltım metodu olarak kullanılan sigorta teminatları

teminatı nedeniyle AAA kredi notu (en üst derece) verilmektedir. Örneğin, “Arby’s”in franchise gelirlerinin menkul kıymetleştirilmesinde menkul kıymetler “Ambac” tarafından teminat altına alınmıştır.

⁷⁵ Teminatlı kredi ilişkisinin olmaması nedeniyle kaynak kuruluş sponsor olarak adlandırılır, (Murakami, s. 7).

⁷⁶ Fabozzi/Kothari, s. 196; Murakami, s. 7.

(*monoline wraps*) ise sigorta şirketlerinin (*monoline*) bu sigortaları artık yapamaması nedeniyle kullanılamamaktadır⁷⁷.

Gerçek satışa sayılı WBS ihraçlarında birden çok SPV kullanılmaktadır. ABD WBS uygulamalarında genellikle sponsor kuruluş tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen, anonim ortaklık ve limited şirket (LLC) şeklinde organize olmuş SPV'ler tercih edilirken; Japonya örneğinde *trust* şeklindeki SPV'ler de kullanılabilir⁷⁸. Japonya'da, WBS sisteminde SPV bakımından, *trust* dışında kullanılan diğer organizasyon yapıları, "*Kabushiki-Kaisha*" (anonim ortaklık), "*Godō-Kaisha*" (limited şirket) veya "*Tokutei-Mokuteki-Kaisha*"dır (kanuni menkul kıymetleştirme aracı)⁷⁹.

ABD-Japonya tipi WBS uygulamasında sponsor kuruluş, ana hizmet sağlayıcı (*primary-master servicer/ manager*⁸⁰) sıfatıyla SPV'ye devrettiği işletmenin faaliyetlerini, gene SPV'yi temsilen sürdürmeye devam etmektedir⁸¹. Hatta sponsor kuruluş, daha önce sattığı varlıkları geri kiralayarak (*sales-and lease back* veya *opco-proco*) işletme faaliyetini bu satış hiç olmamış gibi sürdürebilmektedir⁸². Sponsor kuruluş belirtilen yetkilerini, ihraç belgelerinde belirli olan tetikleyici olaylardan birinin gerçekleşmesi halinde, yedek servis sağlayıcıya devretmek zorundadır⁸³.

B. Uygulama Örnekleri

WBS'nin ilk kez uygulandığı UK bakımından örnek verilebilecek bazı ihraçlar şunlardır: Formula 1; *Madame Tussaud's* müzesi; Londra Şehir Havaalanı; *Marne et Champagne* (Fransız şampanya şişelerinin menkul kıymetleştirilmesi)⁸⁴; *pub* zincirleri; telekomünikasyon şirketleri⁸⁵. WBS daha sonraki dönemde, özellikle Japonya ve ABD'de

⁷⁷ **Murakami**, s. 25. ABD'deki WBS uygulama örnekleri için bkz. **Murakami**, s. 18 vd. .

⁷⁸ **Murakami**, s. 33.

⁷⁹ **Murakami**, s. 33.

⁸⁰ **Murakami**, s. 22.

⁸¹ **Murakami**, s. 8; 22.

⁸² **Murakami**, s. 8.

⁸³ **Murakami**, s. 8.

⁸⁴ <http://vinodkothari.com/wholebusiness/>.

⁸⁵ **Fabozzi/Kothari**, s. 202.

uygulanmıştır⁸⁶. ABD’de 1990’ların ortalarından bu yana 80 milyar dolardan fazla WBS ihracı gerçekleştirilmiştir⁸⁷.

Japonya’da *Sofnam*’ın “Vodafone KK”yı devralması sırasında yaşadığı finansman ihtiyacı (re-finansman) 12 milyar doları aşan bir WBS uygulaması ile aşılmıştır. Bu ihraçta, yeni devralınan işletmenin bütün varlıkları karşılığında iki ayrı sınıfta menkul kıymet ihraç edilmiştir. Burada ayrıca bu işletmenin payları da menkul kıymet sahipleri lehine rehin verilmiştir.

WBS ABD örneğinde genellikle büyük çapta franchise zincirine sahip işletmelerce tercih edilmektedir. Özellikle 2012 senesinde tamamlanan “Domino’s Pizza Inc.” WBS menkul kıymetleştirilmesi buna örnektir. Bu WBS örneğinde, Domino’s, bağlı şubelerinden aldığı franchise gelirlerini WBS konusu yapmış ve bunun üzerinden ABS ihracında bulunmuştur⁸⁸. Domino’s Pizza Inc. kaynak kuruluş/sponsor olarak, bir bağlı kuruluşu olan aracı SPV’ye (Domino’s Inc.) işletme gelirlerini devretmiştir⁸⁹. Daha sonra aracı SPV tarafından gene bağlı kuruluş niteliğindeki “*manager*” SPV olarak “Domino’s Pizza LLC”ye ve sırasıyla iki ayrı SPV’ye daha devir gerçekleştirilmiş ve son olarak ihraççı SPV olarak “Domino’s Pizza Master Issuer LLC”, varlıkları menkul kıymet ihraç etmek üzere elde etmiştir.

4. Geleneksel/Gerçek Menkul Kıymetleştirmeden Farklı Olan Hususlar

WBS ile geleneksel (gerçek) varlığa dayalı menkul kıymetleştirmenin farklı olduğu temel noktalar şunlardır⁹⁰:

- Kaynak kuruluş, WBS terminolojisinde “*originator*” yerine “*operator*” kuruluş olarak adlandırılmaktadır⁹¹,
- WBS bilanço içi finansman iken gerçek menkul kıymetleştirme bilanço dışı finansman niteliğindedir,

⁸⁶ Murakami, s. 22.

⁸⁷ Chesler, s. 48 vd. .

⁸⁸ Chesler, s. 49.

⁸⁹ İlgili kredi notu değerlendirmesi ile ilgili olarak bkz. https://www.moodys.com/research/Moodys-upgrades-Dominos-whole-business-securitization--PR_235639.

⁹⁰ Kothari, WBS, s. 537; Fabozzi/Kothari, s . 197.

⁹¹ Kaynak kuruluşun sistemdeki farklı işlevinden kaynaklı terminolojik farklılıktır.

- WBS özellikle UK ve ona benzer şirket ve iflas kanunu bulunan ülkelerde uygulanırken; gerçek menkul kıymetleştirme küresel çapta uygulanmaktadır,
- WBS’de menkul kıymetleştirilecek finansal varlıkların (nakit akımlarının) SPV’ye hukuken devri (gerçek satış) yapılmamaktadır⁹²,
- WBS’de operatör kuruluş bakımından dayanak varlıkların hukuki izolasyonu/yalıtımı ve ayrı bir varlık havuzu bulunmamaktadır⁹³,
- WBS’de dayanak varlıklardan kaynaklanan nakit akımlarının doğrudan menkul kıymet sahiplerine özgülenerek aktarımı bulunmamaktadır,
- WBS’de işletmenin tanımlanabilen bütün nakit akımları, yatırımcılara aktarılacak geri ödemelerin kaynağını oluşturmaktadır⁹⁴.
- WBS’de yapılan ihraçlar, 25-30 yıl gibi oldukça uzun vadeli yapıdadır⁹⁵,

⁹² WBS’de kaynak/operatör kuruluş ve onun bütün işletme malvarlığı üzerinde, teminatlı (*fixed and floating charge*) kredi şeklinde daha etkin bir kontrol kurulmaktadır.

⁹³ Geleneksel menkul kıymetleştirmelerdeki durağan ve yalıtılmış varlık havuzu, WBS bakımından bulunmaz. WBS sisteminde, işletmenin bütün nakit akımlarının ve temerrüt halinde malvarlığının ihraç edilen menkul kıymetlerin itfasında kullanılması prensibi bulunmaktadır. Bu prensip kaynak kuruluşun bazı varlıklarının gerçek satış ile devri ve yalıtılmasını gereksiz kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle yatırımcıları iflas vb. risklerden korumak ve gelirleri onlara özgülemek üzere varlık yalıtımı yapılması WBS bakımından fiilen işlevsizdir. WBS bakımından işletmenin gelirleri aslında sanal biçimde kaynak kuruluşun malvarlığında gözükmektedir. WBS sisteminde yalıtılması düşünülebilecek varlık, işletmenin bütünüdür. Bir bütünün içinden bu bütünün çıkarılarak yalıtım sağlanmaya çalışılması, ya geride hiçbir değer bırakmayacak ya da aslında hiçbir şeyi ayırtırmayacaktır, (**Fabozzi/Kothari**, s. 198).

⁹⁴ WBS’de işletmenin bütün tanımlanabilen nakit akımları yatırımcılara aktarılacak nakit akımı kaynağını oluşturması nedeniyle ticari işletmenin çalışmaya devam ederek beklenen geliri üretmesi, yatırımcı bakımından kilit önemdedir. WBS ile ihraç edilen menkul kıymetler dayanak işletmenin devamlılığı riskini taşımaktadır. Belirtilen risk nedeniyle WBS sistemi ürünü menkul kıymetler, en yüksek kredi notu olan “AAA” notunu alamayacak yapıdadır, (http://business.loveto-know.com/wiki/Whole_Business_Securitization).

Geleneksel menkul kıymetleştirme bakımından yatırımcılar bakımından önceden belirli olan varlıklardan kaynaklı öngörülebilir nakit akımı esas alınmaktadır.

⁹⁵ Geleneksel menkul kıymetleştirmede ihraç edilen menkul kıymetlerin vadesi dayanak varlıklarla paralel ve çok uzun değildir.

- WBS’de hizmet sağlayıcı/operatör, malik olması nedeniyle ihraçta kullanılan varlık ve alacaklar üzerinde aktif kontrol sahibidir⁹⁶,
- WBS’de kaynak kuruluştan (*operator/originator*) bağımsız bir hizmet sağlama (*servicing*) faaliyeti bulunmaz (*no originator independence*)⁹⁷,
- WBS, yatırımcı yararına kesin bir iflas bağıışıklığını hedeflemez⁹⁸.

5. Hukuki Temeli Olarak İflas Bağıışıklığı/Koruması

WBS’nin hukuki temeli, yatırımcının alacaklarının olası bir iflas ve diğer üçüncü kişi taleplerinden hukuken korunması noktasındadır.

A. İflas Bağıışıklığı Kavramı

İflas/talep bağıışıklığının sağlanması, gerçek menkul kıymetleştirilenin temel şartlardan birisidir. İflas bağıışıklığı kavramı ile ifade edilmek istenen husus, menkul kıymetleştirilecek varlıkların, onlara dayanılarak ihraç edilen menkul kıymet sahipleri (onlara yapılacak geri ödemeler bakımından) dışındaki bütün taleplerden korunaklı olması halidir. Bu korumanın bir diğer yönünü, ihraççı kuruluşun fiilen iflas edemeyecek ve kurucusunun iflasından da etkilenmeyecek bir yapıda olması oluşturur.

Geleneksel menkul kıymetleştirmelerde bu koruma, SPV kullanımı ve SPV’ye yapılan varlık devirlerinin “gerçek satış” şeklinde olması, SPV hukuki organizasyon yapısı olarak “*trust*”un kullanılması ve iki aşamalı (*two-tier*) SPV kullanımı gibi yöntemlerle sağlanmaktadır.

⁹⁶ Gerçek menkul kıymetleştirmede hizmet sağlayıcının sorumluluğu genel olarak, gelir akımlarını aktarma (pasif nitelikli), tahsilat ve geri ödemeleri gerçekleştirme şeklindedir.

⁹⁷ **Fabozzi/Kothari**, s. 189. WBS’de menkul kıymetlerin geri ödemeleri ayrı bir hizmet sağlayıcı kuruluş yerine, doğrudan kaynak kuruluşun kontrolündedir. WBS’deki bu durum, kaynak kuruluşun işletmeyi kontrol etmeye devam etmesinin bir sonucudur.

Geleneksel menkul kıymetleştirmelerde kaynak kuruluş hizmet sağlama görevini sadece hizmet sağlayıcı sıfatıyla yerine getirebilmektedir. Bu halde dahi kaynak kuruluşun dayanak varlıklar üzerinde hizmet sağlama faaliyeti dışında bir kontrolü bulunmamaktadır.

⁹⁸ WBS ile operatör kuruluşun iflası halinde yatırımcıların iflas masasında öncelikli olarak yer alacağı ve şirket varlıklarının kontrolünü ele geçireceği bir yapı oluşturulmaktadır. Bununla birlikte yatırımcı bakımından iflas riski, bütünüyle ortadan kaldırılmayarak sadece azaltılmış olmaktadır. Geleneksel menkul kıymetleştirmeler, yatırımcı yararına kesin bir üçüncü kişi talep yalıtkanlığını sağlamayı hedefler.

Geleneksel menkul kıymetleştirmede önceden menkul kıymetleştirilmek üzere belirlenen varlıklar, sadece ilgili menkul kıymetlerin geri ödemelerinde kullanılmak ve onların getirilerinden sadece ilgili menkul kıymet sahiplerinin hak sahibi (SPV üzerinden dolaylı olarak) olmasını sağlamak üzere ayrıştırılarak yalıtılır. Aşağıda ele alınacağı üzere bu koruma, UK WBS uygulamalarında iflas hukukundaki özgün düzenlemeler eliyle sağlanmaktadır.

B. UK WBS Uygulamasında Sağlanması

a. True Control Kavramı

UK uygulamasında WBS, geleneksel menkul kıymetleştirmelerde görüldüğü usulde bir iflas koruması sağlamamaktadır. Bunun öncelikli nedeni, kaynak/operatör kuruluşun nakit akımlarına kaynaklık edecek alacakları (ki burada bu ticari işletme bir bütün olarak ele alınır) SPV'ye gerçek satış ile devretmemesidir.

Burada WBS yapısı ile sağlanan finansmanlarda, SPV'ye “*true sale*” şeklinde bir varlık temlik⁹⁹ ve SPV üzerinden sağlanan varlık yalıtımı bulunmaz. Bir diğer ifadeyle WBS, yatırımcılarına gerçek satışa dayalı bir iflas bağıışıklığı sağlamamaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle dayanak ticari işletme halen kaynak kuruluşun iflasa tabi malvarlığına (*bankruptcy estate*) dahil bulunmaktadır. UK WBS sisteminde iflas koruması, kredi veren lehine hükümler barındıran UK iflas düzenlemeleri ile sağlanmaktadır¹⁰¹.

UK iflas düzenlemeleri ile operatör kuruluşun olası bir tasfiyesi halinde, işletme varlıkları ve hatta payları ile teminat altına alınan teminatlı alacaklı (yatırımcı) kendi alacağını bu teminatlar üzerinden almaya devam edebilecektir. Bir diğer ifade ile WBS ile ihraç edilen menkul kıymetler, işletmenin bütün varlıklarına yayılan bir teminat ile korunmaktadır¹⁰². Dolaylı olarak iflas bağıışıklığı sunan bu yapıya “*true sale*”den esinlenerek, “*true control*” adı verilmektedir¹⁰³. WBS bu

⁹⁹ Aslında operatör kuruluşu kredi veren SPV'ye yönelik olarak alelade bir varlık temlik dahi yapılmamaktadır.

¹⁰⁰ **Fabozzi/Kothari**, s. 152.

¹⁰¹ **Chesler**, s. 49.

¹⁰² **Fabozzi/Kothari**, s. 152.

¹⁰³ **Hill**, WBS, s. 521-533; **Murakami**, s. 1-7.

bakımdan, menkul kıymetleştirmeden ziyade, teminatlı finansman niteliğindedir¹⁰⁴.

UK WBS sisteminde kaynak kuruluşun (*operator/originator*) yönetimi/işletilmesi, önceden belirli olan ve “*trigger event*” (tetikleyici olay) olarak adlandırılan iflas vb. bir olayın gerçekleşmesi halinde, ihraççı SPV'nin atayacağı bir idarecinin yönetimine geçebilmektedir.

WBS bakımından burada kilit önemdeki husus, kaynak/operatör kuruluşun iflası halinde yatırımcılara ödemeleri aktaracak ve gene onların yararına gelirleri yönetecek bir yedek hizmet sağlayıcının (*back-up servicer*) varlığı ve onun güvenilirliğidir¹⁰⁵. Aşağıda ele alınacağı üzere, UK iflas düzenlemeleri kapsamında SPV yöneticisi tarafından kaynak/operatör kuruluşa bir yönetici atanması, geleneksel menkul kıymetleştirmelerde asıl hizmet sağlayıcının (genellikle kaynak kuruluşun kendisidir) iflası veya görevlerini yerine getirmeyecek konumda olması halinde SPV tarafından onun yerine atanan yedek hizmet sağlayıcının (*back-up servicer*) konumuna benzemektedir.

b. İlgili Yasal Düzenleme

UK Insolvency Act of 1986 Part III'de yapılan “*Receivership*” (yedieminlik) düzenlemesine göre bir ticari işletmenin bütünü üzerinde sınırlandırılmamış bir teminatlı alacak (“*floating charge*”) hakkını haiz kişinin bu hakkı, borçlunun iflası halinde dahi öncelikli konumdadır. Bu düzenleme gereğince ihraççı SPV'nin yöneticisi, menkul kıymet ihracının teminatı olan sabit ve değişken (alacaklar gibi) teminat varlıklarının satılması halinde onlar üzerinde tam kontrolü haiz olmaktadır. UK Insolvency Act of 1986 benzeri düzenlemelerin Malezya ve Hong-Kong'daki iflas ve tasfiye kanunlarında da bu bulunduğu belirtilmektedir¹⁰⁶.

UK iflas düzenlemeleri, “*floating charge*” şeklindeki teminatlı alacaklıya (WBS menkul kıymetleri),WBS borçlusunun iflası halinde, iflas halinde mahkeme tarafından atanan yedieminin (*bankruptcy administrative receiver; Insolvency Act of 1986 Part III sec. 29(2)*) etkisinden korunmak üzere işletmenin idaresini ele almak hakkı tanımıştır. SPV tarafından atanan iflas yedieminini (*administrative receiver/manager*)

¹⁰⁴ Fabozzi/Kothari, s. 152.

¹⁰⁵ Kothari, WBS, s. 537.

¹⁰⁶ Kothari, WBS, s. 537-538.

kaynak işletmenin yönetimini, öncelikle işletmenin bütünü üzerinde teminatlı alacağı haiz alacaklıları (WBS menkul kıymetleri) tatmin etmek üzere devralmaktadır. SPV'nin (yöneticisinin) bu özel yetkisinin kaynağı, operatör kuruluşun bütün malvarlığı üzerinde ona tanınmış olan teminat hakkıdır (*floating charge*).

UK iflas düzenlemeleri kapsamında WBS ile ihraç edilen menkul kıymetler lehine kaynak kuruluşun bütün varlıkları üzerinde sınırsız veya kapsamı değişken bir teminatlı alacak hakkı sağlanması, (*floating charge over all the assets of the originator*) bu menkul kıymetlerin sahiplerinin SPV üzerinden operatör kuruluşun idaresinde öncelikli hak sahibi olmasına neden olmaktadır.

Belirtilen UK iflas düzenlemesi kapsamında operatör kuruluşun iflas başvurusundan önce işletmenin bütün malvarlığı bir yediemin yönetimine girebilmektedir. Böylece işletmenin diğer alacaklılarının iflas başvurusu yapmaları, fiilen önlenmektedir¹⁰⁷. İşte bu nedenle WBS ile sağlanan aslında bir iflas-talep yalıtkanlığı değildir. Ancak, UK bakımından ele alınan *receivership* (yedieminlik) müessesesinin gerçek satışa benzer bir sonuç ortaya çıkarabileceği de ifade edilmektedir¹⁰⁸. Düzenleme bu şekilde olmakla birlikte WBS'nin iflas koruma işlevi, henüz mahkemelerde test edilmemiştir.

c. Floating Charge Kavramı

UK WBS sisteminde bir alacaklının iflas korumasından yararlanabilmesi için bu alacağın "*floating charge*"¹⁰⁹ niteliğini haiz

¹⁰⁷ Fabozzi/Kothari, s. 198.

¹⁰⁸ Fabozzi/Kothari, s. 198.

¹⁰⁹ *Floating charge* kavramı ile işletmenin belirli bir malvarlığı veya şirketin kendisi üzerinde alacak ve rehin hakkı kurulması anlatılmaktadır. Bkz. http://www.companylawclub.co.uk/topics/fixd_and_floating_charges.shtml.

UK bakımından şirket finansmanında (*debentures*) kullanılan teminatlar, *fixed charge* (sabit, kapsamı sınırlı teminat) ve *floating charge* (esnek/değişken kapsamı sınırlı olmayan teminat) olarak iki başlıkta ele alınmaktadır. *Fixed charge*, şirketin belirli bir mülkü veya eşyası üzerinde kurulan (*mortgage* gibi) teminatır.

Floating charge ise, sadece şirketlerin borçlu olduğu ödünç ilişkilerinde kullanılan bir teminatır. *Floating charge* bakımından borçlu şirketin hâlihazırdaki mevcut ve sonraki dönemde elde edeceği bütün malvarlığı, borcun teminatını oluşturmaktadır. *Floating charge* teminatının kapsamı şirketin belirli bir tip malvarlığı (payları gibi) ile de sınırlandırılabilir. *Floating charge* teminat tipi, özellikle sabit teminat olarak verebileceği malvarlığı değerlerini haiz olmayan şirketler bakımından tercih edilebilecektir. *Floating charge*, şirkete teminat kapsamındaki şirket malvarlığı üzerinde

olması gereklidir. WBS sisteminde SPV'nin kaynak/operatör kuruluş/işletmeden olan kredi alacağı, kaynak/operatör kuruluş malvarlığının bütünü üzerinde kurulu olan sınırlı (*fixed charges*) ve sınırsız (*floating charges*) kapsamı haiz bir teminat hakkı ile korunmaktadır¹¹⁰. WBS, bünyesindeki teminatlı kredi ilişkisi nedeniyle teminatlı kredi/ödünç (*secured lending/secured plain borrowing*) olarak da nitelendirilebilecektir¹¹¹.

d. Diğer Yöntemler

WBS bakımından iflas korumasının başka kaynakları da bulunmaktadır. Öncelikle belirtecek olursak, WBS ile borçlanan bir kaynak kuruluşun, ihraç şartları ve SPV ile arasındaki kredi sözleşmesi nedeniyle, artık bir başka borçlanma yapabilmesi fiilen imkânsızdır¹¹². WBS sisteminde kaynak şirketin başka borçlanma ve ihraç yapamamasını sağlamak için başka akdi sınırlanmalar da kullanılmaktadır¹¹³.

Uygulamada genellikle SPV'nin sahip olduğu teminatlı (*fixed and floating charges*) alacağı ek olarak, ilgili işletmenin payları üzerinde de bir rehin hakkı tesis edilmektedir. Böylece, bu rehin ilişkisinde öngörülen bir durumun gerçekleşmesi halinde ilgili işletmenin (şirketin) yönetimi kolaylıkla ele geçirilebilmektedir.

Yatırımcıyı burada koruyan bir diğer etken ise WBS ihraçlarında önceden kredi sözleşmesi ile belirlenen tetikleyici/hızlandırıcı olaylardır (*trigger events*). Tetikleyici olaylardan birinin gerçekleşmesi, yatırımcı lehine çeşitli hallerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Şöyle ki;

tasarruf hakkı vermesi nedeniyle şirket finansmanına uygundur. Bir diğer ifadeyle ile teminatın konusu sabit bir malvarlığı değeri olmayıp; şirketin mülkiyetinde olan ve değişkenlik arz eden malvarlığıdır. Şirketin malvarlığındaki değişkenlik/esneklik şirketin geri ödemelerdeki temerrüdüne kadar devam eder. Temerrüt anından itibaren teminat (*charge*) kristalize edilerek (*crystallizes*) o anda mevcut şirket malvarlığı üzerinde sabit (*fixed*) hale gelir. İşte iflas yediemininin atanması sabitlenme aşamasından sonra gerçekleştirilir. Yedieminin atanması, teminat altına alınmış olan borç itfa edilene kadar etkili olacaktır.

Sermaye piyasası dışı borçlanmalardaki *floating charge*'lar bakımından yediemin atama yetkisi, 2003 senesinde yürürlüğe giren değişiklikler (Enterprise Act of 2002) ile kanundan çıkarılmıştır. Belirtilen değişikliğe göre WBS menkul kıymetleştirmelerinde, ihracın en az 50 milyon pound hacminde olması şartıyla yediemin atanabilecektir.

¹¹⁰ Fabozzi/Kothari, s. 198.

¹¹¹ Fabozzi/Kothari, s. 195; <http://vinodkothari.com/wholebusiness/>.

¹¹² Chesler, s. 49.

¹¹³ Fabozzi/Kothari, s. 189.

genellikle WBS ihraçlarında geri ödemelerin sadece faiz (*interest-only*) veya kısmi amortizasyon olarak yapıldığı dönemler bulunmaktadır. Belirtilen dönemlerde geri ödemelerden artan nakit akımı tutarı sponsor/kaynak kuruluşa geri dönmektedir. Menkul kıymet geri ödemelerinde bozulma halinde, geri ödemelerin şekli de değişikliğe uğramaktadır. İşletmenin WBS konusu yapılan faaliyetlerinden kaynaklanan bütün nakit akımı, giderler ve faiz ödendikten sonra menkul kıymet veya yedek hesap ödemelerine aktarılmaktadır. Sözleşmelerde, SPV yöneticisinin tetikleyici olayların ortaya çıkması halinde, kaynak/operatör şirkete yönetici ataması hakkı da yer almaktadır.

IV. Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Uygulanabilirliği

WBS, teminat kapsamı (WBS farklı olarak işletmenin tüm malvarlığını kapsar) ve işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi işlevi bakımından ticari işletme rehnine benzerlik göstermektedir. Ancak, burada ticari işletme rehni kapsamına dahil olacak varlıklar, işletmenin doğrudan finansmanı için hem teminat hem de ihraç edilen menkul kıymetlerin getiri kaynağı olarak kullanılmaktadır.

Türk hukukunda, İngiliz hukukunda WBS sistemini mümkün kılan özgün iflas hukuku düzenlemeleri ile aynı işlevi görecektir benzer iflas hukuku düzenlemesi bulunmamaktadır. Türk borçlar hukuku bakımından ise bir ticari işletmenin mevcut ve/veya gelecekte doğacak alacaklarının belirlenebilir olması nedeniyle, “alacağın temlik” konusu (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu-TBK m. 183-194) yapılması konusunda bir engel bulunmamaktadır¹¹⁴. Burada Türk Borçlar Kanunu m. 191-193 ile düzenlenen garanti yükümü ise nihai alacaklı olan menkul kıymet yatırımcılarını koruyucu niteliktedir. Ancak, bu düzenlemenin “gerçek menkul kıymetleştirme” ve “gerçek satış” kavramları ile uyumlu olduğu söylenemez. Kaldı ki, TBK düzenlemelerinin sermaye piyasası hukukunda doğrudan uygulanma imkânı sınırlıdır¹¹⁵.

Türk sermaye piyasası hukuku düzenlemeleri bakımından ise, WBS sistemi ve bu sistem menkul kıymet ihracı düzenlenmemiştir. 6362 sayılı SerPK m. 3, 4-13, 109 hükümleri, bir sermaye piyasası aracının ihracının SPK tarafından düzenlenmiş (SerPK m. 128) olmasını zorunlu

¹¹⁴ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2013/2557 Esas ve 2013/3344 Karar sayılı ve 14.3.2013 tarihli kararı; **Aral, Fahrettin**, (1991), “Topyekûn Temlik”, AÜHF, Cilt 42, Sayı 1-4, s. 93-140; **Gülerci, A. F.** (2014), Borçlar Hukuku Dersleri, Kütahya, s. 250-254.

¹¹⁵ SerPK m. 2 (2).

kılmaktadır. Bu zorunluluk ihraç edilen menkul kıymet sahipleri için sağlanacak iflas/talep koruması için de gereklidir. WBS uygulaması ile menkul kıymet ihracı ise henüz SPK tarafından düzenlenmemiştir. Bu nedenle, WBS ihracı imkânının Türk hukukundaki benzer araçların ihraçları bakımından değerlendirilmesi gereklidir.

Türk hukukunda menkul kıymetleştirme ihraçları, SerPK m. 58 ve “III-58.1 sayılı Varlığa veya İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler Tebliği”¹¹⁶ (VİDMK Tebliği) ile düzenlenmiştir. Bu Tebliğ kapsamında düzenlenen menkul kıymetlerden WBS’ye kıyasen değerlendirilebilecek menkul kıymet, varlığa dayalı menkul kıymetlerdir (VDMK).

WBS bakımından burada ele alınabilecek bir diğer menkul kıymet ise bilanço içi ihraç niteliğini haiz “teminatlı tahviller”den olan ve SerPK m. 59 ve “III-59.1 sayılı Teminatlı Menkul Kıymetler Tebliği”¹¹⁷ ile düzenlenen varlık teminatlı menkul kıymetlerdir (VTMK).

Öncelikle ifade edecek olursak WBS, hem VİDMK Tebliği ve hem de Teminatlı Menkul Kıymetler Tebliğinde düzenlenmiş olan menkul kıymet ihracı yapılarından farklılık arz etmektedir.

VİDMK Tebliği ve Teminatlı Menkul Kıymetler Tebliği ile VDMK¹¹⁸ ve VTMK¹¹⁹, hem ihraççıları hem de kullanılacak varlıklar

¹¹⁶ 09.01.2014 Tarih ve 28877 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹¹⁷ 21.01.2014 Tarih ve 28889 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹¹⁸ Varlığa dayalı menkul kıymetler (VDMK-*asset backed securities*), VFF’nin veya İFK’nın devralacağı varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen menkul kıymettir.

VİDMK tebliği m. 4’e göre varlığa dayalı menkul kıymetler (VDMK), fon (varlık finansmanı fonu) veya İFK tarafından devralınacak varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilir.

Varlık finansmanı fonu (VFF) ise VDMK karşılığında toplanan paralarla, VDMK sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre fon içtüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği olmayan malvarlığıdır.

İFK ise SerPK m. 60 ve ona dayanılarak SPK tarafından çıkarılan III-60.1 sayılı İpotek Finansmanı Kuruluşları Tebliği ile düzenlenmiştir (17.07.2014 tarihli ve 29063 sayılı RG’de yayımlanmıştır). Burada İFK, münhasıran bu Tebliğde belirtilen faaliyetlerin yerine getirilmesi amacıyla anonim şirket şeklinde kurulmuş olan sermaye piyasası kurumu olarak tanımlanmıştır (m.3).

“Fon portföyüne dâhil edilebilecek varlıklar ve devir sözleşmesi” başlıklı VİDMK Tebliği m. 15’e göre “izahname veya ihraç belgesinde belirtilmek koşuluyla” VFF’ye dahil edilebilecek/ihraçta kullanılacak “varlıklar” şunlardır:

1) Bankaların ve finansman şirketlerinin, tüketici kredileri ile ticari kredilerinden kaynaklanan alacakları,

bakımından sınırlandırılmıştır. WBS ise ticari işletmelerin geneli tarafından kullanılabilir niteliği haiz, menkul kıymet ihracına dayalı bir finansman yöntemidir. WBS, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) bakımından ise halka açık anonim ortaklık niteliğini haiz olabilecek nitelikteki bütün ticari işletmeler bakımından uygulanabilecek şekilde ele alınmalıdır.

VİDMK Tebliği ile gerçek satışa dayalı menkul kıymetleştirmeye benzer şekilde cereyan eden bir yapının düzenlenmiş olduğu söylenebilecektir. Ancak, yukarıda ele alındığı üzere özellikle UK WBS uygulaması, gerçek menkul kıymetleştirme niteliğinde değildir. Özellikle bilanço dışına varlık devrinin olmaması (teminatlı kredi yapısı) ve dolaylı bir iflas koruması düzenlemesinin varlığı gibi hususlar, UK WBS uygulamasını farklı kılmaktadır. Ancak, VDMK ihraç yapısı burada ABD-

2) 6361 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan finansal kiralama sözleşmelerinden doğan alacaklar,

3) T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığının gayrimenkul satışından kaynaklanan taksitli ve sözleşmeye bağlanmış alacakları,

4) Finansal kuruluşlar hariç mal ve hizmet üretimi faaliyetinde bulunan anonim ortaklıkların müşterilerine yaptıkları faturalı satışlardan kaynaklanan senede veya teminata bağlanmış ticari alacakları,

5) Fon portföyünde yer alan varlıklardan elde edilen nakdin değerlendirilmesi amacıyla yönelik olarak yapılan üç aydan kısa vadeli mevduat, katılım hesabı, ters repo işlemleri, para piyasası fonları, kısa vadeli borçlanma araçları fonları ve Takasbank Para Piyasası işlemleri,

6) Tebliğ m. 19'da yedek hesaplardaki varlıklar,

7) *Kurulca uygun görülecek sermaye piyasası araçları dışındaki varlıklar.*

¹⁹ Varlık teminatlı menkul kıymetler (*asset covered bonds*), teminatlı tahvil Tebliği gereğinde Tebliğ m. 9'da sayılan finansal varlıklar teminatında ihraç edilen menkul kıymetlerdir.

Varlık teminatlı menkul kıymetler (VTMK); bankalar, ipotek finansmanı kuruluşları (İFK), finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, finansman şirketleri, gayrimenkul yatırım ortaklıkları (GYO), kendi kanunlarınca menkul kıymet ihraç etmeye yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile nitelikleri SPK tarafından belirlenecek diğer kuruluşlarla ihraç edilebilir, (Tebliğ m. 5).

İpotek teminatlı menkul kıymetler (İTMK) ise yalnızca konut finansmanı kuruluşları (KFK) ile İFK tarafından ihraç edilebilir.

Konut finansmanı kuruluşları, konut finansmanı (SerPK m. 57) kapsamında doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama ve finansman şirketleridir.

Japonya¹²⁰ WBS sistemine yakın bir menkul kıymet ihraç yapısını oluşturmaktadır.

Burada, VİDMK Tebliği çerçevesinde ayrı ayrı ihraca konu edilebilecek seçili gelirlerin havuzlanarak (*pooling*) varlık finansmanı fonu (VFF) aracılığı ile VİDMK ihracında kullanılması yerine işletmenin gelirlerinin bütünüün temel alınması kanımızca yatırımcı açısından daha cazip olacaktır. VİDMK Tebliği m. 15(1)'de VİDMK ihracında kullanılabilir varlıklar, hâlihazırda sahip olunan mevcut alacakları esas alacak şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, belirtilen fıkranın son bendinde yer alan “*Kurulca uygun görülecek sermaye piyasası araçları dışındaki varlıklar*” ifadesinin SPK tarafından, işletmenin gelecekte elde edeceği alacaklar şeklinde değerlendirilmesi de düşünülebilecektir. Bu halde dahi WBS ihracı ancak ABD-Japonya uygulamalarına benzer bir görünüm arz edebilecektir.

UK WBS uygulaması ile bilanço içi finansman yöntemi olan teminatlı tahviller bakımından sahip olunan benzerlikler ise ihraç edilen menkul kıymetlerin teminatının bilanço içi varlıklar olması ve bu varlıklar üzerinde öncelikli yararlanma hakkının varlığı noktasındadır. Buradaki temel farklılık ise UK WBS uygulamasında diğer alacaklıların taleplerinden yalıtılmış bir teminat havuzunun bulunmamasıdır. Kaldı ki, WBS ile menkul kıymet ihracı halinde, teminatlı tahviller bakımından Tebliğ kapsamında düzenlenen belirli gelirlerin öncelikli yararlanılabilecek varlıklardan oluşan¹²¹ bir teminat havuzuna (*cover*

¹²⁰ Japonya’da UK WBS benzeri ihraçların da gerçekleştirilebildiği unutulmamalıdır.

¹²¹ Tebliğ m. 9 “teminat varlıklar”ın neler olabileceği, m. 10’da ise bu varlıkların nitelikleri düzenlenmiştir. Buna göre aşağıda belirtilen varlıklar, teminat defterine kaydedilmek suretiyle VİDMK ihracına karşılık gösterilebilir:

- a) Bankaların ve finansman şirketlerinin tüketici kredileri ile ticari kredilerinden kaynaklanan alacakları,
- b) 6361 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan finansal kiralama sözleşmelerinden doğan alacaklar ile sigortalı satış faktoring sözleşmelerinden doğan alacaklar,
- c) TOKİ’nin taşınmaz satışından kaynaklanan taksitli ve sözleşmeye bağlanmış alacakları,
- ç) GYO’ların portföylerindeki gayrimenkullerin satışından veya bu gayrimenkullere ilişkin satış vaadi sözleşmelerinden kaynaklanan teminatlı alacakları ile GYO’ların kira sözleşmelerinden kaynaklanan alacakları,
- d) Hazine Müsteşarlığının borçlusu olduğu ticari bankalar tarafından proje bazlı finansman ihtiyacı kapsamında tahsis edilen uzun vadeli yabancı para cinsinden krediler,
- e) İkame varlıklar,

pool) ve bu havuz üzerinde menkul kıymet yatırımcısı yararına iki aşamalı rücu ilişkisi (*double recourse*) kurulmasına gerek kalmayacaktır.

Kanımızca, Tebliğ m. 9’da yer alan ve SPK’nın varlık teminatlı tahvil ihracına teminat olacak varlıklar konusunda esneklik taşıyan “*diğer varlıklar*” ifadesi, ticari işletmenin gelirlerinin bir bütün olarak bir teminat havuzuna dâhil edilmesi ve bu şekilde ihraca konu edilmesi bakımından yeterli değildir.

WBS’nin Türk hukukunda uygulanabilmesi konunun, SerPK’da temel olarak bir kanun hükmü ve daha sonra ayrı bir tebliğ ile düzenlenmesine bağlıdır. Türk hukuku bakımından ancak bu şekilde, anonim ortaklıkların malvarlığı ve gelirlerini bir bütün olarak, menkul kıymet ihracı yoluyla yapılacak finansmanlarda kullanmaları sağlanabilecektir.

Hukumumuzda WBS sistemi ile menkul kıymet ihracı temel bir kanun hükmü düzenlenirken, WBS ürünü menkul kıymet sahiplerinin, ihraçının olası iflasına karşı SerPK m. 58(2)¹²² ve VIDMK Tebliğindeki

f) Nitelikleri *SPK tarafından belirlenecek diğer varlıklar*.

Tebliğ m. 10’a göre teminatlı tahvil ihracında kullanılacak varlıkların taşınması zorunlu olan nitelikler şunlardır:

a) Banka kredilerinin, teminat defterine kaydedildikleri tarih itibarıyla 1/11/2006 tarihli ve 26333 sayılı RG’de yayımlanan Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olması.

b) Finansman şirketlerince verilen krediler ve finansal kiralama alacakları için, teminat defterine kaydedildikleri tarih itibarıyla, 24.12.2013 tarihli ve 28861 sayılı RG’de yayımlanan "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Muhasebe Uygulamaları ile Finansal Tabloları Hakkında Yönetmelik" hükümleri uyarınca özel karşılık ayrılmamış olması.

c) Taşınmaz ipotekli kredi ve alacakların teminatı olan taşınmazlarla ilgili olarak:

1) Taşınmazın Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde olması,

2) Kredinin kullanılması veya alacağın oluşumu aşamasında taşınmazın piyasa değerinin BDDK veya Kurulca listeye alınmış değerlendirme kuruluşlarınca tespit edilmiş olması,

ç) Deniz, hava ve kara taşıtlarına ilişkin ticari kredilerde; deniz taşıtları için tekne ve makine sigortası, hava taşıtları için hava taşıtları tekne (gövde) sigortası, kara taşıtları için ise kara taşıtları kasko sigortası yapılması.

¹²² SerPK m. 58 çerçevesinde menkul kıymet ihraç eden Fon’ların (Varlık Finansmanı Fonu ve Konut Finansmanı Fonu) malvarlığını koruyan SerPK m. 58(2) şu şekildedir: “Bu maddede yer alan fonların mal varlığı, fon hesabına olması ve fon iç tüzüğünde hüküm bulunması şartıyla kredi almak, türev araç işlemleri, açığa satış işlemleri veya fon

şekilde (m. 6) korunmasının sağlanması gerekmektedir. Burada ihracının iflası hali için yapılacak düzenlemeler bakımından alternatif bir yöntem olarak, WBS ürünü menkul kıymet sahiplerinin haklarının itfasına kadar ihracıta kullanılan işletmenin malvarlığından öncelikli olarak yararlanma hakkına sahip olmaları da düşünülebilecektir. Bununla birlikte, burada yapılacak düzenlemenin, kaynak UK sistemi yerine, genel menkul kıymetleştirme uygulamalarını WBS'ye adapte eden ABD-Japonya WBS yapısını esas alması SerPK'nın genel yapısı bakımından daha yerinde olacaktır.

V. Sonuç

WBS, bir ticari işletmenin finansmanı için gelecekte doğacak öngörülebilir işletme gelirlerinin bir bütün halinde ve sahip olduğu bütün malvarlığının teminatında menkul kıymetlere bağlanması şeklindeki “menkul kıymetleştirme” uygulamasıdır. Bir diğer ifadeyle ihrac edilen menkul kıymetler, işletmenin gelecekteki işletme gelirlerini temsil etmektedir.

WBS'nin, UK ve benzeri iflas hukuku düzenlemelerine sahip ülkelerdeki uygulanışı ile başta ABD ve Japonya olmak üzere diğer ülkelerdeki uygulanış şekli birbirinden farklıdır. WBS'nin özellikle UK ve benzeri ülkelerdeki uygulamasında “gerçek satış”ın gerçekleştirilmiyor olması, onun gerçek/teknik anlamda bir menkul kıymetleştirme olarak nitelendirilmesine engeldir. Bu nedenle WBS, menkul kıymetleştirmenin farklı bir görünümü olarak, ancak geniş anlamda menkul kıymetleştirme kavramı dâhilinde değerlendirilmelidir.

Türk hukuku bakımından WBS ile ilgili olarak yapılacak düzenlemelerde genel olarak ABD-Japonya WBS metodolojisinin esas alınması, ülkemizde UK iflas hukukundaki düzenlemelerin bulunmaması ve SerPK'nın genel düzenleme yapısına uyumun sağlanması bakımından yerinde olacaktır.

adına taraf olunan benzer nitelikteki işlemlerde bulunmak haricinde teminat gösterilemez ve rehnedilemez. Fonun mal varlığı, kurucunun, fona hizmet sağlayanların ve fon portföyüne alacaklarını veya varlıklarını devredenlerin mal varlığından ayrıdır. Fon mal varlığı, ipoteye veya varlığa dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar; kurucunun, fona hizmet sağlayanların ve fon portföyüne alacak veya varlıklarını devredenlerin yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi hâlinde dahi başka bir amaçla tasarruf edilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dâhil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir konulamaz ve iflas masasına dâhil edilemez”.

Son dönemde uluslararası alanda kendine yer bulan WBS'nin Türk hukuku bakımından ihracının, WBS'nin farklılıkları dâhilinde VDMK çatısı altında yapılması yerinde olacaktır. Bu konudaki düzenlemenin SerPK'ya eklenecek bir Kanun maddesi ya da SerPK m. 58'e eklenecek bir fıkra ile gerçekleştirilmesi düşünülebilecektir. WBS'nin Türk hukuku bakımından uygulanabilmesi için özellikle, VDMK ihracında özel iflas ve talep korumasını sağlayan SerPK m. 58(2) hükmüne benzer nitelikteki bir kanun hükmünün varlığı şarttır.

WBS ihracının ülkemizde sağlanabilmesi bakımından burada izlenebilecek diğer bir yöntem, SPK'nın WBS ihracını ayrı bir Tebliğ ile düzenlemesi veya en azından VDMK Tebliğindeki "varlık" tanımı ve niteliklerine (Tebliğ m. 15, 16) WBS ihracına imkân verecek değişiklikler getirmesi şeklinde olabilecektir. SPK tarafından WBS ihracına yönelik bir Tebliğ düzenlemesi yapılırken normlar hiyerarşisine riayet edilmesi ve özellikle de 2004 sayılı İcra İflas Kanunu bakımından özel hüküm niteliğindeki SerPK hükümlerine (SerPK m. 58(2)) dayanılarak veya bu kapsamda düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Kaynakça¹²³

- Aral, Fahrettin.** (1991). "Topyekûn Temlik", AÜHF, C. 42, S. 1-4, s. 93-140
- Bell, Ian /Dawson, Petrina.** (2002). "Synthetic Securitization: Use of Derivative Technology for Credit Transfer". Duke Journal of Comparative & International Law, S. 12, s. 541-562
- Brown, Mayer.** (22.06.2009). "Big Changes to Securitization Accounting", 23.05. 2016 tarihinde https://www.mayerbrown.com/files/Publication/fab3ec91-d064-4740-89b2-a9c42d373dc1/Presentation/PublicationAttachment/6a14e039-2b95-4246-85b8-bde2733bb7fb/UPDATE_Securitization_FASB_0609_V2.pdf adresinden erişildi.
- Chesler, C.:** (Summer/Fall 2007). "A New British Invasion? Whole Business ABS (A Wholly Securitizable Business)", American Securitization, C. 1, S. 2, s. 48 vd.

¹²³ Aynı yazara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- Fabozzi, F. J. /Kothari, Vinod .**(2008). Introduction to Securitization, John Wiley & Sons, New Jersey
- Forte, Joseph Philip.** (Fall 1996). “Capital Markets Mortgage: A Ratable Model for Main Street and Wall Street”, Real Property, Probate and Trust Journal, S. 3, s. 2 vd.
- Frehen, R./ Rouwenhorst, Geert K. / Goetzmann, William N. .**(2012). Dutch Securities for American Land Speculation in the Late-Eighteenth Century, s. 1 vd. 01.08. 2014 tarihinde <http://www.nber.org/chapters/c12795.pdf> adresinden erişildi.
- Goetzmann, William N./Newman, F. .** (2010). Securitization in the 1920's, National Bureau of Economic Research-NBER Working Paper No:15650, Massachusetts
- Gorvett, R. W. :** Insurance Securitization: The Development of a New Asset Class, 22.05.2016 tarihinde <http://www.casact.org/pubs/dpp/dpp99/99dpp133.pdf> adresinden erişildi.
- Gülerci, Altan F. .** (2014). Borçlar Hukuku Dersleri, Kütahya
- Hill, C. A. .** (1996). Securitization: “A Low-Cost Sweetener for Lemons, Washington University Law Quarterly”, C. 74, S. 4, s. 1063 vd. .
- Hill, C. A.** (2002). Whole Business Securitization in Emerging Markets, Duke Journal of Comparative & International Law, Symposium: International Securitization and Structured Finance, C. 12, S. 2 (2002), s. 521-533 (WBS)
- Horton, Brent J.** (2009). “In Defense of Private Label Mortgage-Backed Securities”, Florida Law Review, S. 61, s. 842.

http://business.lovetoknow.com/wiki/Whole_Business_Securitization, 20.04.2016 tarihinde erişildi.

http://www.companylawclub.co.uk/topics/fixed_and_floating_charges.shtml, 20.04.2016 tarihinde erişildi.

<http://www.investopedia.com/terms/l/leveragedbuyout.asp>,

- 20.04.2016 tarihinde erişildi.
https://www.moodys.com/research/Moodys-upgrades-Dominos-wholebusinesssecuritization--PR_235639 20.04.2016 tarihinde erişildi.
<http://www.sec.gov/rules/proposed/2013/34-70277.pdf>,
22.05.2016 tarihinde erişildi.
<http://vinodkothari.com/wholebusiness/>
22.05.2016 tarihinde erişildi.
<http://207.57.79.93/solomons/artwholesecuritisation.htm>
22.05.2016 tarihinde erişildi.
- Klee, Kenneth N./ Butler, Brent C.** (2002). “Asset-Backed Securitization, Special Purchase Vehicles and Other Securitization Issues”, Uniform Commercial Code Law Journal, S. 35, s. 23 vd.
- Kothari, V. .** (2006). Securitization: The Financial Instrument of the Future, John Wiley & Sons, Singapore 2006 (Book)
- Kothari, V.** (2002). “Whole Business Securitization: Secured Lending Repackaged? A Comment on Hill”, Duke Journal of Comparative & International Law, Symposium: International Securitization and Structured Finance, C. 12, S. 2, s. 537 vd. (WBS)
- Kravitt, Jason H. P.** (2013). Securitization of Financial Assets, Third Edition, C. I- II, Aspen Publishers, NewYork
- Krieger R. A./Tompkins, W.** (1998). Analyzing Insurance Linked Securities, Goldman, Sachs & Co. , s. 3 vd. .
- Lipson, Jonathan C.** (2012). : “Re: Defining Securitization, Southern Carolina Law Review”, C. 85, S. 5, s. 1229 - 1282.
- Mcmillian, Todd V.** (2001-2002). “Securitization and the Catastrophe Bond: A Transactional Integration of Industries through a Capacity-Enhancing Product of Risk Management”, Connecticut Insurance Law Journal, C. 8, S.1, s. 131- 147
- Murakami, Yusuke.** (2012). Innovative Securitization after the Crisis? Whole Business Securitization in the U.S. and Japan, Harvard Law School Yayınlanmamış

- Yüksek Lisans Bitirme
Tezi, <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/symposia/brazil/yusuke-murakami.pdf> adresinden 01.08.2014 tarihinde erişildi¹²⁴.
- Paul, A. U. Ali/ Kanako, Yano.** (2004). *Eco-finance: The Legal Design and Regulation of Market-based Environmental Instruments*, Kluwer Law International
- Plank, Thomas E.** (2004). “The Security of Securitization and the Future of Security”, *Cardozo Law Review*, C. 25, S. 5, s. 1656 vd.
- Robb , Jan Jobde / Ali, Paul A. U / Coyne, Tim .** (2008). *Securitization Law and Practice: In the Face of the Credit Crunch*, Kluwer Law International Netherlands
- Schwarcz, Steven L.** (2011). *Securitization and Structured Finance*, Elsevier's Encyclopedia of Financial Globalization 6, s. 1 vd.
- Schwarcz, Steven L.** (1994). “The Alchemy of Asset Securitization”, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, S.1, s. 133-154 (Alchemy)
- Schwarcz, Steven L.** (2012). “What is Securitization? and for What Purpose?”, *Southern Law Review* C. 85, S. 5, s. 1283-1299 (What)
- Shenker, Joseph C./ Coletta, Anthony J.** (1990-1991). “Asset Securitization: Evolution, -Current Issues and New Frontiers”, *Texas Law Review*, S. 69, s. 1363 vd.
- Siems, Mathias M.** (2009). “The Foundations of Securities Law”, *European Business Law Review*, S. 20, s. 141-171. 22.05.2016 tarihinde <http://ssrn.com/abstract=1089747> adresinden erişildi.
- Simkovic, Michael.** (2013). “Competition and Crisis in Mortgage Securitization”, *Indiana Law Journal*, S. 88, s. 216
- Stone, Charles Austin/ Zissu, Anne.** (2012). *The Securitization Markets Handbook*, Second Edition, John Wiley & Sons, New Jersey

¹²⁴ Belirtilen kaynak, 20.04.2016 tarihi itibariyle belirtilen adreste sadece başlık olarak belirtilmiş ve ilgili metin açık erişimden kaldırılmıştır.

Standard & Poor's, Criteria. (17. 08 2007). Corporate Performance Assessment For Global Structured Finance Transactions Backed By Future Receivables.

The Congress of the United States Congressional Budget Office. (2001). Federal Subsidies and The Housing GSEs, 22.05.2016 tarihinde <http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/28xx/doc2841/gses.pdf> adresinden erişildi.

Kısaltmalar

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABS	: Asset-Backed Security
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
C.	: Cilt
CDO	: Collateralized Debt Obligations
dn.	: dipnot
GSE	: Government Sponsored Enterprises
İFK	: İpotek Finansmanı Kuruluşları
KFF	: Konut Finansmanı Fonu
KFK	: Konut Finansmanı Kuruluşları
LBO	: Secuitized Leveraged Buyout
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
sec.	: section
SEC	: Securities Exchange Commission
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPV	: Special purpose vehicle
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
UK	: United Kingdom/Birleşik Krallık
WBS	: Whole Business Securitization
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VDMK	: Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler
VFF	: Varlık Finansmanı Fonu
VTMK	: Varlık Teminatlı Menkul Kıymetler
VİDMK	: Varlığa veya İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler

ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİNDE GÖREV VE YETKİ

Aslı ARAS*

ÖZET

Çekişmesiz yargı işleri için görevli ve yetkili mahkeme, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ilgili hükme göre belirlenir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda çekişmesiz yargı işleri için belirtilen görev ve yetki kuralı özel kanunlarda aksi öngörülmedikçe uygulanacaktır. Kanunlarda özel hüküm bulunan hallerde ise özel hükümde yazılı olan mahkeme, o çekişmesiz yargı işi için görevli ve yetkili olacaktır. Ayrıca bazı çekişmesiz yargı işleri mahkemeler dışında başka makamlara da verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, çekişmesiz yargı, görev, yetki.

COMPETENCE AND VENUE IN NON-CONTENTIOUS JURISDICTION

ABSTRACT

Without prejudice to the special provisions for non-contentious jurisdiction, competent and local competent courts in non-contentious jurisdiction are determined by provisions of Civil Procedure Code Numbered 6100. The provision regarding competence and venue in Civil Procedure Code is applied unless otherwise provided by special law. If there is an existence of specific provision regarding jurisdictional competence and venue, the court according to special provision will be competent and local competent court. Also, there are also some non-contentious judicial affairs have also been given to other authorities outside the courts.

Keywords: Civil Procedure Code, non-contentious jurisdiction, competence, venue.

I. GENEL OLARAK ÇEKİŞMESİZ YARGI

Medenî yargı, çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı olmak üzere ikiye ayrılır. Bu iki yargı, özel hukuk alanına ilişkin olsa da çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı birbirinden oldukça farklıdır. Çekişmeli yargıda, bir uyumsuzluğun; çekişmesiz yargıda ise bir işin mahkemelerce görülüp karara bağlanması amaçlanmaktadır. Çekişmeli yargının faaliyet

* Yrd. Doç. Dr. İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

alanı davalardır; oysa çekişmesiz yargıda dava yoktur. Çekişmesiz yargıdaki faaliyet, *çekişmesiz yargı işi*¹ olarak adlandırılır. Çekişmeli yargıda, sübjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesine maruz kalan taraf, mahkemeden hukuki korunma istemektedir. Çekişmesiz yargıda ise, kural olarak uyuşmazlık ve sübjektif hak ihlali yoktur, hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasını gerektiren bir iş vardır. Çekişmeli yargıda, iddia ve karşı iddia ileri süren iki taraf vardır ve dolayısıyla bir dava söz konusudur². Dava konusunu oluşturan ihtilaf, bu iki taraf arasındadır. Çekişmesiz yargıda ise, bir dava yoktur ve birbirine zıt talepler ileri süren iki taraf bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda karşı taraf bulunmadığı için, tek taraflı bir yargılama söz konusudur³.

Çekişmeli yargı iki taraf sistemine göre kurulmuşken, çekişmesiz yargı tek taraflıdır. Bu sebeple, çekişmesiz yargıda taraf kavramı yerine *ilgili* kavramı kullanılmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda çekişmesiz yargıya ilişkin ölçütlere yer verilmiş, bu ölçütlerden birine veya birkaçına giren işler çekişmesiz yargı işleri olarak belirtilmiştir (HMK m. 382/I). Buna göre; çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır:

- a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller.
- b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller.
- c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinin ikinci fıkrasında, bazı çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır. Ancak, bu sayım sınırlı değildir. Kanunda belirtilen işler dışında kalan diğer işler, yukarıda belirttiğimiz üç ölçütten birine veya birkaçına giriyorsa, çekişmesiz yargı işlerinden sayılacaktır.

¹ Karşılaştırmalı hukukta çekişmesiz yargıyı ifade etmek üzere çeşitli terimler kullanılmaktadır. Çekişmesiz yargının kökeni olarak kabul edilen Roma hukukundaki "*iurisdictio voluntaria*" tabirinin tercümesi olarak, Alman ve İsviçre hukukunda çekişmesiz yargıyı ifade etmek üzere "*freiwillige Gerichtsbarkeit*" yani ihtiyari veya isteğe bağlı yargı ifadesi kullanılmaktadır. İsviçre hukukunda bazı kaynaklarda, "*nichtstreitige Verfahren*" veya "*nichtstreitige Gerichtsbarkeit*" ifadelerine de rastlanmaktadır. Avusturya hukukunda ise, "*Außerstreitverfahren*" yani çekişmeli olanlar dışındaki işlere ilişkin yargılamayı ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

² Kuru, Nizasız Kaza, s. 16.

³ Meier, s. 361; Yılmaz, E., s. 1637.

Çalışmamızın konusu, çekişmesiz yargı işlerinde görev ve yetki kuralları olduğundan, çekişmesiz yargıyı genel olarak açıkladıktan sonra görev ve yetki kurallarını incelemeye başlayabiliriz.

II. ÇEKİŞMESİZ YARGIDA GÖREV

A. Sulh Hukuk Mahkemesinin Görevi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesinde, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir, şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, çekişmesiz yargı işlerinde aslı görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır⁴.

Bazı çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu açıkça belirtilmektedir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 598,I

⁴ Kuru/Budak, s. 36; Yılmaz, O., s. 4; Akkan, s. 54. "6100 Sayılı HMK'nun 382/2-a-2 maddesinde ad ve soyadının değiştirilmesi çekişmesiz yargı işlerinden sayılmış, 383. maddede ise, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesine ait olduğu belirtilmiştir. TMK'nun 27. maddesinde; "Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir." hükmü yer almaktadır. Davacıların talebine konu ad değişikliği de, hukuki niteliği itibarıyla TMK'nın 27. maddesinde bahsi geçen haklı nedenle ad değişikliği davasıdır ve bu dava türü HMK'nun 383/2-a-2 maddesine göre çekişmesiz yargı işlerinden sayılır. Buna göre çekişmesiz yargı niteliğinde olan haklı nedenle adın değiştirilmesi davasının sulh hukuk mahkemesinde görülerek sonuçlandırılması gerekir." Yarg. 17. HD, 17.10.2012, E. 2012/11283, K. 2012/11293; "Kanunda çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382/1 maddesine göre; "Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır..." hükmü ile "İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı haller ve hâkimin re'sen harekete geçtiği haller ... " olmak üzere bu üç ölçütte çekişmesiz yargının genel çerçevesi belirlenerek mümkün olduğunca çekişmesiz yargı işleri sayılarak belirtilmiştir. Ancak bu sayma sınırlı olmadığından kanun maddesinde sayılmayan fakat çekişmesiz yargı ölçütlerini taşıyan diğer işlerin de çekişmesiz yargı işi olarak kabulü gerekir. Yani, 382. maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmelidir. Gaipliğe karar verilmesi davası 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382. maddesinde belirtilen çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır. Kaldı ki, 382. maddenin 2-a.4 .maddesinde "gaiplik kararı" çekişmesiz yargı işi sayılmış olup aynı kanunun 383. maddesinde de çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olacağı hükmüne yer verilmiştir. Gaiplik kararı isteğine ilişkin uyuşmazlık, çekişmesiz yargı işi niteliğinde olup Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." Yarg. 17. HD, 11.4.2013, E. 2013/4162, K. 2013/5361 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

maddesinde: “Başvurusu üzerine kanuni mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge (mirasçılık belgesi) verilir”. Mirasçılık belgesi verilmesi işi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bir çekişmesiz yargı işi sayılmasına rağmen, mirasçılık belgesi bir itiraza konu olmuşsa artık bu iş çekişmeli hale geldiğinden çekişmeli yargı alanına girecektir. Mirasçılık belgesi verilme işi, çekişme yokluğu ölçütüne göre bir çekişmesiz yargı işidir. Bu işin görülmesi sırasında mirasçılar arasında gösterilmemiş bir kişi, mahkemeye başvurarak kendisinin de mirasçı olduğunu belirterek mirasçılık belgesi verilmesi işine itiraz ederse, iş çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya girer; bu kişinin diğer mirasçıları davalı göstererek dava açması gerekir⁵. Bu sebeple, mirasçılık belgesinin iptali ile yenisinin verilmesi işi çekişmeli yargıya dâhildir. Çekişmeli yargıda asli görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olduğundan ve mirasçılık belgesinin iptali, sulh hukuk mahkemesi görev alanını düzenleyen hükümden (HMK m.4) yer almadığından, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır⁶.

Bir çekişmesiz yargı işiyle ilgili olarak, kanunda sadece hâkimden veya mahkemeden bahsediliyorsa, görevli mahkeme sulh hukuk

⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 87-88.

⁶ “Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nun 1.maddesinde mahkemelerin görevinin kanunla belirleneceği, 2. maddesinde ise dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalar ile şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadıkça Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun 4/1-ç maddesinde, Sulh Hukuk Mahkemesi veya Sulh Hukuk Hakiminin bu kanun ile diğer kanunların Sulh Hukuk Mahkemesini görevlendirdiği davaları göreceği açıklanmıştır. Öte yandan; aynı Kanunun 383. maddesinde çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme olmadığı sürece Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu belirtilmiş, 382/2-c maddesi hükmünde ise miras hukukundaki çekişmesiz yargı işleri belirtilirken mirasçılık belgesinin verilmesi istemine ilişkin davalar da bu kapsamda sayılmış ne var ki; mirasçılık belgesinin iptali istemiyle açılan davalar hakkında düzenleme yapılmamıştır. O halde; mirasçılık belgesinin iptali davalarının hasımlı olarak açıldığı, sonucunun tarafları açısından kesin hüküm oluşturduğu dikkate alındığında çekişmeli yargı kapsamında kalan davalardan olduğu, bu nedenle 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra açılan mirasçılık belgesinin iptali davalarına bakmakla görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur. Görev kamu düzenine ilişkin olduğundan taraflarca öne sürülmesi bile mahkemelerce kendiliğinden dikkate alınması gerekir.” Yarg. 7. HD, 19.12.2012, E. 2012/8699, K. 2012/9564 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

mahkemesi olacaktır⁷. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesinde: "Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir." Aynı şekilde Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinde: "Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir" dediği için bir çekişmesiz yargı işi olan gaiplik kararının verilmesinde de görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir. Ancak, eşlerden birinin gaip olması ve diğer eşin gaiplik ile birlikte evliliğin feshi talebinde bulunması halinde görevli mahkeme aile mahkemesi olacaktır. Çünkü, gaiplik nedeniyle evliliğin feshi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri arasında özel olarak sayılmıştır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun'un 4/1 maddesinde de, "22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler" aile mahkemesinde görülür denilmektedir.

Hazinenin gaiplik istemi ile birlikte, gaibin malvarlığının kendisine devredilmesini istemesi halinde ise, Yargıtay'ın⁸ asliye hukuk

⁷ BK m. 44/I: "Temsilciye yetki belgesi verilmişse, yetkinin sona ermesi durumunda temsilci, bu belgeyi temsil olunana geri vermekle veya hâkimin belirleyeceği yere bırakmakla yükümlüdür."

BK. m. 187/I: "Kime ait olduğu çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusu, ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hâkim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulur."

TTK m. 82/7: "Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde ziyaa uğrarsa tacir ziyayı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir. Bu dava hasımsız açılır. Mahkeme gerekli gördüğü delillerin toplanmasını da emredebilir."

⁸ "Dava, gaiplik ve taşınmazın bedelinin hazineye devri isteklerine ilişkindir. Mahkemece, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş ise de; Mahkemenin bu kararı TMK'nun, 32 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan gaiplik davalarında verilebilecek kararlardandır. Oysa somut olayda davacı hazine, gaiplik isteği yanında, son mirasçı sıfatıyla taşınmazın bedelinin hazineye devri isteminde de bulunmuştur. Bu tür bir isteğin TMK'nun 588. maddesi kapsamında olduğu açıktır. Öte yandan, davanın taşınmazın aynına yönelik olduğu gözetildiğinde olayda HMK'nun 382 ve 383 maddelerinin uygulama yeri de bulunmamaktadır. Zira dava mal varlığına yönelik olup,

mahkemesinin görevli olduğu görüşünün aksine, kanımızca görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir. Çünkü, gaiplik nedeniyle evliliğin feshinde olduğu gibi, bu halde görevli mahkeme konusunda özel bir düzenleme bulunmadığı için, görevli mahkemenin çekişmesiz yargı işlerinde asli görevli mahkeme olan sulh hukuk mahkemesi olduğunu kabul etmek gerekir.

Çekişmeli yargıda, görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Medenî usûl hukukunda, kamu düzenine ilişkin bir kurala aykırılığın bulunup bulunmadığını hâkim re'sen araştırır⁹. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğu için, çekişmeli yargıda taraflar, davanın her aşamasında mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürebilecekleri gibi, mahkeme de görevli olup olmadığını her aşamada re'sen inceleyebilecektir. Çekişmeli yargıda, görev kuralları dava şartıdır (HMK m. 114/I-c).

Çekişmeli yargıda olduğu gibi, çekişmesiz yargıda da görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, çekişmesiz yargıda da mahkeme, görevli olup olmadığını re'sen gözetmelidir. Çekişmesiz yargıda görev, yargılama şartıdır. Eğer, çekişmesiz yargı işi için görevli olmayan bir mahkemeye başvurulmuşsa, mahkeme re'sen görevsizlik kararı verecektir. Görevsizlik kararı verilmesi ve bunun üzerine yapılacak işlemlere ilişkin olarak, çekişmeli yargıdaki usûl hükümleri burada da uygulama alanı bulacaktır. Çünkü, çekişmesiz yargı işleri için niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanır. Basit yargılama usûlünde de, özel düzenleme bulunmayan hallerde yazılı yargılama usûlüne ilişkin kurallara atıf yapılması (HMK m. 322/I), bizi bu sonuca götürmektedir. Buna göre, çekişmesiz yargıda da mahkeme, görevsizlik kararında, görevli mahkemeyi belirleyip dosyanın bu mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir. Çekişmeli yargıda, mahkeme, sadece dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir, yoksa dosyayı da re'sen görevli mahkemeye göndermez. Ancak, çekişmesiz yargıda durum daha farklıdır. Konuyu, re'sen takip edilen ve talep üzerine takip edilen çekişmesiz yargı işleri olarak ikiye ayırarak değerlendirmek

bu hali ile HMK'nun 2. maddesi kapsamında olduğunun kabulü zorunludur. Anılan madde uyarınca da davada görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu tartışmasızdır.” Yarg. 1. HD, 1.10.2012, E. 2012/12630, K.2012/10410 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁹ Pekantitez/Atalay/Özekes, s. 153.

gerekir: Re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde, mahkeme, görevsizlik kararında görevli mahkemeyi belirleyip dosyayı re'sen görevli mahkemeye gönderebilir. Dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi konusunda ilgililerden birinin mahkemeye yapacağı başvuru, sadece mahkemeyi tahrik niteliğindedir. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde ise, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için, ilgililerden birinin görevsiz mahkemeye talepte bulunması gerekir¹⁰.

Çekişmeli yargıda, görevsizlik kararı usûle ilişkin nihai bir karardır. Bu sebeple, mahkemenin görevsizlik kararına karşı tarafların kanun yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Kanımızca, çekişmesiz yargıda mahkemenin görevsizlik kararına karşı kanun yoluna başvurmaya engel bir durum bulunmamaktadır. İlgililer, mahkemenin görevsizlik kararına karşı kanun yoluna başvurabilirler.

B. Sulh Hukuk Mahkemesi Dışında Görevli Mahkemeler

1. Asliye Hukuk Mahkemesi

Vesayet işlerinde, denetim makamı olarak, asliye hukuk mahkemesi görevlidir (TMK m. 397,II).

Kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi işiyle ilgili olarak Medeni Kanun'un 39. maddesinde, mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamayacağı belirtilmiş olmakla birlikte, bu konudaki kararın hangi mahkeme tarafından verileceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinde ise, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme taleplerinin, düzeltmeyi isteyen şahısların yerleşim yerindeki görevli asliye hukuk mahkemesinde yapılacağı belirtilmiştir. Özel hüküm bulunması sebebiyle, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme taleplerinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

Vakfın kuruluşunun tescili, uyuşmazlık yokluğu ölçütüne göre bir çekişmesiz yargı işidir¹¹. Yargıtay'ın¹² vakfın tescili işini çekişmeli

¹⁰ Keidel, s. 89.

¹¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 68; Kuru/Budak, s. 29-30.

¹² “Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun görev konusunu düzenleyen 2. maddesine göre, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına dair davalarla kişi varlığına dair davalarda görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi olacağı, aynı Kanunun 381. ve 382. maddelerinde ise çekişmesiz yargı işleri ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan ve ilgililerin ileri sürülebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı

yargıya dahil ederek görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu belirtmesi kanımızca yerinde değildir. Vakfın tescili işi bir çekişmesiz yargı işi olmakla birlikte görevli mahkeme konusunda Medeni Kanun ve Vakıflar Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Medeni Kanun'un 102. maddesi vakfın, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanacağını belirtmiş ancak, görevli mahkemeyi açıkça göstermemiştir. Vakıflar Kanunu'nda ise vakfın tescilinde görevli mahkemeye ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 26.4.2013 tarihli ve 28629 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük” uyarınca vakfın tescilinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olarak belirlenmiştir (Tüzük m. 3/IV). Ancak, Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtildiği için, görevle ilgili düzenlemenin tüzük ile yapılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir¹³. Kanımızca da böyle bir düzenlemenin kanunla yapılması gerekirdi. Ayrıca, aksine bir düzenleme bulunmadıkça çekişmesiz yargı işlerinde aslî görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olacağı dikkate alınarak kanunda açık bir düzenleme yapılmayan çekişmesiz yargı işleri için sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucu kabul edilmelidir.

2. Asliye Ticaret Mahkemesi

Özel bir kanun hükmü ile, bazı çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesi dışında başka bir mahkeme görevlendirilebilir. Örneğin; doğrudan doğruya iflâs (İİK m. 178, 179), iflâsın kaldırılması (İİK m. 182), iflâsın kapanması (İİK m. 254) ve konkordatonun tasdiki

haller ile hakim in re'sen harekete geçtiği durumlar olarak tanımlanmış olup çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu açıkça belirtilmiştir. Vakıf hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların niteliği ve mevzuat gereği Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün her zaman ilgili sıfatına sahip olarak uyuşmazlık çıkartabileceği gözetildiğinde vakıf davalarının çekişmesiz yargı işi olduğundan söz edilemez. Somut olayda, davacı Türk Medeni Yasası'nın 101. vd. maddeleri gereğince vakfın tescilini istediği, bu uyuşmazlıkla ilgili Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüş bildirme, temyiz etme gibi haklarının bulunduğu gözetildiğinde, mahkemece tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplanarak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” Yarg. 18. HD, 28.2.2013, E. 2012/11430, K. 2013/2747 (Kazanıcı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹³ Akkan, s. 55.

(İİK m. 298) için asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Bunun dışında, Türk Ticaret Kanunu'nda bazı çekişmesiz yargı işleri için asliye ticaret mahkemesi görevlendirilmiştir. Örneğin; tescile davetle ilgili Türk Ticaret Kanunu'nun 33. maddesinin üçüncü fıkrasında, ticaret mahkemesinin görevi açıkça belirtilmiştir¹⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinin kenar başlığı, "*ticari davaların görüleceği mahkemeler*" iken, 26.6.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanunun 2. maddesiyle "*ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler*" şeklinde değiştirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 6335 sayılı kanunla değişik 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. O halde, bir çekişmesiz yargı işi, ticari nitelik taşıyorsa, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça o çekişmesiz yargı işinde asli görevli mahkeme, asliye ticaret mahkemesi olacaktır¹⁵. Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde,

¹⁴ Maddeye göre, "süresi içinde kaçınma sebepleri bildirildiği takdirde, sicil bulduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesi, dosya üzerinde inceleme yaparak tescili gerekli olan bir hususun bulunduğu sonucuna varırsa, bunun tescilini sicil müdürüne emreder, aksi takdirde tescil istemini reddeder."

¹⁵ "01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nun 383. maddesinde çekişmesiz yargı işleri ile ilgili olarak "aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece" sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda konuya yaklaşıldığında, TTK'nun 563 vd. maddelerinde düzenlenen kıymetli evrakın zayı nedeniyle iptaline ilişkin davaların gerek 1086 sayılı Kanun'un yürürlükte kaldığı süreçteki yargısal uygulama ve gerekse de 6100 sayılı HMK'nun 383/2-e/6 maddesi uyarınca ticaret hukukuna dahil çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu açıktır. Bu nedenle, ilk bakışta, bu nitelikteki davaların da sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak bu nitelikteki davalar ve/veya HMK'da tercih edilmiş tanımıyla işlerin, aynı zamanda TTK'nun 4. ve 5. maddeleri uyarınca ticari dava ve/veya iş niteliğinde bulunduğu da kuşkusuzdur. TTK'nun 4 ve 5. maddesinin özel nitelikte birer usûl hükmü niteliğinde buldukları düşünüldüğünde, bu davalar ve esasen ticaret hukukuna dahil ve mahkemece görülecek olan çekişmesiz yargı işlerinin tümü bakımından görevli mahkemenin tayininde, HMK'nun 383. maddesinde belirtilen hükmün aksine ve özel bir düzenlemenin var olduğunda duraksanmamalıdır. Bu durumda TTK'nun 5. maddesi başlığı ile birlikte nazara alındığında, ticaret hukukunda yer alan çekişmesiz yargı işleri bakımından asıl görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu, ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerler bakımından ise asliye hukuk mahkemesinin görevli kabul edilmesi gerektiği açıktır. Nitekim, 6100 sayılı HMK ile aynı tarihte kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 757/1. maddesinde bu tür işlerde ticaret mahkemelerinin görevli olduğunun belirtilmiş olması da

ticari davalar ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri belirtilmiştir. Bu maddeye göre, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın maddede belirtilen hususlardan¹⁶ doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin, ticari dava ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işi sayılacağı ifade edilmiştir.

3. Aile Mahkemesi

Aile hukukundan doğan çekişmesiz yargı işleri için aile mahkemesi görevlidir (Aile Mahkemeleri K. m. 4/I).

kanunkoyucunun iradesinin de Dairemizin yorumu yönünde olduğunu göstermektedir.” Y. 11. HD. T. 11.7.2012 E. 2012/404 K. 2012/12243; “İstem, kambiyo senedinin zayi nedeniyle iptaline ilişkindir. Mahkemece 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 HMK'nun 383. maddesi uyarınca kambiyo senedinin zayi nedeniyle iptali davalarının sulh hukuk mahkemelerinin görevine girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. 6100 sayılı HMK'nun 383. maddesinde çekişmesiz yargı işleri ile ilgili olarak aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı öngörülmüşse de karar tarihinde yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 757/1. maddesinde ve 6102 sayılı TTK'nun 5. maddesinde değişiklik yapan 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesinde HMK'nun 383. maddesinin aksi yönünde düzenleme yapılarak bu tür işlerde asliye hukuk (ticaret) mahkemelerinin görevli olacağı öngörülmüştür. Açıklanan bu nedenle, istemle ilgili işe bakma görevi asliye hukuk (ticaret) mahkemesine ait olmasına rağmen görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 25.2.2013, E. 2013/1883, K. 2013/3377 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ TTK m. 4: Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

- a) Bu Kanunda,
 - b) Türk Medeni Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969. maddelerinde,
 - c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580. maddelerinde,
 - d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,
 - e) Borsa, sergi, panayırlar ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,
 - f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde,
- öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.

2684 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a göre alınacak tedbirler, aile mahkemesi tarafından verilecektir. Aile mahkemesi hakimi tarafından alınacak tedbirler¹⁷ koruyucu ve önleyici tedbir kararları olarak kanunda

¹⁷ Hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları

MADDE 4 – (1) Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

- a) İşyerinin değiştirilmesi.
- b) Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi.
- c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması.
- ç) Korunan kişi bakımından hayafî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağını anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi.

Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları

MADDE 5 – (1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

- a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.
 - b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.
 - c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.
 - ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.
 - d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.
 - e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.
 - f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.
 - g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.
 - ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.
 - h) Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.
 - ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması.
- (2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan tedbirler re'sen kalkar.

örnekseme yoluyla sayılmıştır. Bazı tedbirlere mülki amir tarafından da (m. 3) karar verilebilecektir. Hatta gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kolluk birimlerince de bu tedbirlere karar verilebilir.

4. İcra Mahkemesi

Bazı çekişmesiz yargı işlerinde icra mahkemesi görevlidir. Örneğin, konkordato mühleti (İİK m. 285 vd) ve ipotekli alacakta alacaklının gaipliği veya alacağı almaktan kaçınması hâlinde, borç tutarının icra dairesine tevdi edilmesi üzerine ipoteğin fekkine karar verilmesi (İİK m. 153) için icra mahkemesi görevlendirilmiştir.

5. Resmi Makamlar

Bazı çekişmesiz yargı işleri, mahkemeler dışındaki resmi makamlara da verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesinde, kanunlarda aksine hüküm bulunmadığı sürece, çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağına ilişkin hükümlerle, çekişmesiz yargı işlerinde mahkemeler dışında başka mercilerin de görevlendirilmesine üstü kapalı bir biçimde olanak verilmiştir¹⁸. 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla değişik Noterlik Kanunu'nun 71/A maddesi ile bazı çekişmesiz yargı işleri noterlere bırakılmıştır. Buna göre, mirasçılık belgesi verilmesi ve terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işleri için, sulh hukuk mahkemesinden başka, noterler de görevli kılınmıştır.

III. ÇEKİŞMESİZ YARGIDA YETKİ

A. İlgilinin Oturduğu Yer Mahkemesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 384. maddesine göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir.

(3) Bu Kanunda belirtilen tedbirlerle birlikte hâkim, 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkilidir.

(4) Şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.

¹⁸ Tanrıver, s. 174.

Çekişmeli yargıda yetki kuralları görev kurallarından farklı olarak, kural olarak kamu düzenine ilişkin görülmemiştir¹⁹. Bu sebeple, yetki kurallarına aykırılık, dava şartı olmayıp bir ilk itirazdır. Dolayısıyla, açılan bir davada mahkeme, yetkisiz olup olmadığını re'sen gözetemez. Yetki itirazının davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir (HMK m. 116/I,a). Davalı tarafından süresinde ileri sürülmemeyen yetki itirazı, daha sonra ileri sürülemez ve dava, yetkisiz mahkemede görülmeye devam eder²⁰.

Davacı davasını kanunda belirtilen genel yetkili mahkeme yanında, genel yetkiyi kaldırmayan özel yetkili mahkemelerde de açabilir. Bunun yanında, kanunda kamu düzenine ilişkin görülen bazı hallerde, kesin yetki kuralları öngörülmüştür. Kesin yetki kurallarının söz konusu olduğu hallerde, dava, kesin yetkili olarak öngörülen mahkemede açılmalıdır. Kesin yetki, bir dava şartıdır; taraflar, davanın her aşamasında yetki itirazında bulunabileceği gibi, hâkim de mahkemenin yetkili olup olmadığını re'sen gözetir (HMK m. 19/I).

Çekişmesiz yargı işlerinde ise, yetki kuralının niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre²¹, çekişmesiz yargı işlerindeki yetki kuralı, bir özel yetki halidir. Bir yetki kuralının, kamu düzenine ilişkin olup olmadığı, kanundaki ifadenin mutlaklığından veya yetki kuralının getiriliş amacından anlaşılır. Bu görüşe göre, çekişmesiz yargıda yetki kuralına ilişkin maddeden, söz konusu durum anlaşılammamaktadır ve bu sebeple, işin niteliği gereği, örneğin, taşınmazın taksimi gibi haller dışında, çekişmesiz yargıda yetkiye ilişkin bütün kurallar, kesin demek doğru değildir.

Diğer görüşe göre²² ise, çekişmesiz yargıda yetki kuralları, kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeple, çekişmesiz yargıda yetkiye ilişkin kuralları, kesin yetki olarak nitelendirmek gerekir. Buna göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan

¹⁹ Ansay, s. 90; Berkin, s. 77; Postacıoğlu, s. 152-153; Üstündağ, s. 196; Kuru, Cilt: I, s. 548; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 163.

²⁰ Postacıoğlu, s. 152; Berkin, s. 77; Kuru, Cilt: I, s. 577; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 186; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 157.

²¹ Karşlı, s. 57.

²² Postacıoğlu, s. 29; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 110; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 53. *Berkin*, kişiye, aileye ve dolayısıyla kamu yararının korunmasına ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde yetkinin kamu düzeninden olduğunu belirtmektedir (Berkin, s. 23).

kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi kesin yetkili olacaktır. Alman çekişmesiz yargısında da, yetki kurallarının niteliğinin kesin yetki olduğu ifade edilmiştir²³. Buna göre, çekişmesiz yargıda hâkim, yetki kurallarına uyulup uyulmadığını re'sen araştıracaktır. Ayrıca, ilgililer de, çekişmesiz yargı işine bakan mahkemenin yetkisiz olduğunu çekişmesiz yargılama sürecinin her aşamasında ileri sürebilirler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki çekişmesiz yargıya ilişkin yetki kuralından yetkinin kesin olduğu anlaşılamamaktadır. Ancak, kanunlarda özel hüküm bulunan halleri de göz ardı etmemek gerekir. Miras hukukundaki bazı çekişmesiz yargı işleri için mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir. Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 589. maddesine göre tereke mallarının korunması için önlem alınması ve 596. maddesindeki vasiyetnamenin teslim alınması ve açılması işinde, mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesindir. Mirasçılık belgesi verilmesi işinde ise, bu belgenin mirasçılardan her birinin oturduğu yer mahkemesinden de alınabileceği belirtildiği için (HMK m. 11/3) mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesi bu iş için kesin yetkili değildir. Yine, terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işinde, yetki kuralı aranmadan herhangi bir mahkemeden istekte bulunulabileceği kabul edilmektedir²⁴.

*Budak*²⁵, çekişmesiz yargı işlerini adi çekişmesiz yargı işleri ve basit (küçük) çekişmesiz yargı işleri olarak ikiye ayırmaktadır. Kanımızca, yetkinin niteliğini belirlerken de çekişmesiz yargı işlerini büyük ve küçük çekişmesiz yargı işleri olarak ayırmak gerekir. Çünkü tüm çekişmesiz yargı işleri aynı nitelikte değildir. Bazı çekişmesiz yargı işleri, ilgililerin hukuki durumunu önemli ölçüde etkilediği halde, bazıları basit bir onaylamadan ibaret olan ve yargılama gerektirmeyen işlerdir. Örneğin, bir kişinin kısıtlanması veya ergin kılınması ile ilgili çekişmesiz yargı kararları, ilgilinin hukuki durumunu etkileyen kararlardır. Bu sebeple,

²³ Keidel, s. 79; Brehm, s. 82; Haußleiter, s. 8.

²⁴ Gençcan, s. 87; Petek, s. 52. İhtar bir esas işlemi olmayıp gidilecek evin bulunduğu adresten başka bir yer mahkemesinden de istenebilir (Köseoğlu/Kocaağa, s. 30). İhtar, bağımsız yargısal sonuç doğurmayan ve boşanma davası öncesinde hakim kanalı ile yaptırılması gereken bir işlemdir (Gençcan, s. 86). Belirtmek gerekir ki, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla değişik Noterlik Kanunu'nun 71/A maddesi ile terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işi için, sulh hukuk mahkemesinden başka, noterler de görevli kılınmıştır.

²⁵ Budak, s. 144.

İlgililerin hukuki durumunu önemli ölçüde etkileyen ve menfaat temelli bir yargılama gerektiren çekişmesiz yargı işlerinde yetki kuralının kesin yetki olması gerektiği görüşündeyiz. Ayrıca, çekişmesiz yargıda yetki itirazını ileri sürece bir karşı taraf olmadığı için, buradaki yetki kuralını kesin yetki kabul ederek hakimin re'sen incelemesine bırakmanın çekişmesiz yargının amacına daha uygun olduğu söylenebilir²⁶.

Çekişmeli yargıda, yetki kuralları kural olarak kamu düzeninden olmadığı için, taraflar yetki anlaşması ile kanunda belirtilen mahkemeden başka bir mahkemeyi yetkili mahkeme olarak belirleyebilirler. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile, tarafların münhasır yetki sözleşmesi yapabilmeleri mümkün hale getirilmiştir. Buna göre, taraflar, yetki sözleşmesinde aksi belirtilmediği sürece, davayı sadece yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemede açmak zorundadır²⁷. Ayrıca, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile, sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabilmeleri kabul edilmiştir. Yetki sözleşmesi, ancak yetkinin kesin olmadığı hallerde yapılabilir; kesin yetkinin bulunduğu durumlarda yetki sözleşmesi yapılamaz.

Çekişmesiz yargıda ise, kesin yetki kuralı olan haller kamu düzenine ilişkin kabul edildiği için, ilgililerin yetki anlaşması yapmak suretiyle, çekişmesiz yargı işi için kanunda belirtilen mahkemeden başka bir yetkili mahkeme tayin etmeleri mümkün değildir²⁸.

B. İlgilinin Oturduğu Yer Mahkemesi Dışında Yetkili Mahkemeler

Kanunlarda genel kuralın aksine özel hüküm bulunan hallerde, özel kanunda yazılı olan yer mahkemesi, o çekişmesiz yargı işi için yetkili mahkeme olacaktır.

Ayrıca, bazı çekişmesiz yargı işleri mahkemeler dışında başka makamlara da verilmiştir. Örneğin, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a göre, alınacak tedbirlerin bir kısmında mahkemeler, diğer bir kısmında başka makamlar görevlidir. Bu kanunda belirtilen yetki kuralı, çekişmesiz yargı işlerindeki

²⁶ Umar, çekişmesiz yargı işlerinde hasım bulunmadığına göre mahkemenin yetkisizliğinin hakim tarafından değerlendirilmesi ve yetkisizlikten dolayı red kararının verilmesinin bir ilk itirazın öne sürülmüş olmasına bağlı olmadığını ifade etmektedir (Umar, s. 1126).

²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 184; Kuru, Ders Kitabı, s. 61; Umar, s. 65; Yılmaz, E., s. 201-202.

²⁸ Keidel, s. 91.

genel yetki kuralından ayrılmaktadır. Bu kanuna göre, tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir (m.8/I).

1. Yerleşim Yeri Mahkemesi

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesine göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 107. maddesine göre ise, vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özgülünen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilir gibi; kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır.

Çekişmesiz yargı işlerinde, yetkili mahkeme olarak yerleşim yerinin düzenlendiği başka bir düzenleme ise, Türk Medenî Kanunu'nun 207. maddesidir. Buna göre, mevcut mal rejiminin mahkemece mal ayrılığına dönüştürülmesinde, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

Vesayet işlerinde yetkinin düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nun 411. maddesine göre ise, vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir.

Türk Medenî Kanunu'nun 412. maddesine göre, vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi hâlinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilân olunur.

Türk Medenî Kanunu'nun 430. maddesi birinci fıkrasına göre, temsil kayyımı, kendisine kayyım atanacak kimsenin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından atanır.

Türk Medenî Kanunu'nun 433. maddesi birinci fıkrasında, yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisinin, ilgilinin yerleşim

yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına ait olacağı düzenlenmiştir.

Yerleşim yerine ilişkin başka bir düzenleme ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 757. maddesinin birinci fıkrasında yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, iradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi, ödeme veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden, muhatabın poliçeyi ödemekten menedilmesini isteyebilir.

2. Şirket Merkezinin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin yetkili olduğuna bazı örnekler:

Türk Ticaret Kanunu'nun 207. maddesine göre, denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi; bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın varlığını belirtir şekilde görüş bildirmişse, bağlı şirketin her pay sahibi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 273. maddesine göre, tasfiye memurları şirket sözleşmesiyle, şirketin devamı sırasında veya sona ermesinden sonra ortakların oybirliğiyle seçilir. Bir tasfiye memuru seçilmemişse, tüm ortaklar veya bunların kanuni temsilcileri tasfiyeye memur sayılır. Bununla beraber ortaklardan birinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi, tasfiye hâlindeki şirket için bir veya birkaç tasfiye memuru atar. Mahkeme gerek görürse dilekçeyi tebliğ ederek diğer ortakları dinleyebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 343. maddesinde ise, konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aylara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçileceği belirtilmiştir. Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342. maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanacaktır. Bu rapora kurucular, işlem denetçisi ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 405. maddesinin birinci fıkrasına göre, şirket ile denetçi arasında şirketin ve topluluğun yılsonu hesaplarına, finansal tablolarına ve yönetim kurulunun faaliyet raporuna ilişkin, ilgili kanunun, idari tasarrufun veya esas sözleşme hükümlerinin yorumu veya uygulanması konusunda doğan görüş ayrılıkları hakkında, yönetim kurulunun veya denetçinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi dosya üzerinden karar verir ve karar keser.

Çekişmesiz yargıda, yetkili mahkeme olarak şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olarak başka bir düzenleme ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 412. maddesindedir. Bu düzenlemeye göre, pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Kararında, kayyımın, görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini gösterir. Zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir ve karar keser.

3. Mirasbırakanın Son Yerleşim Yeri Mahkemesi

Miras hukukundaki çekişmesiz yargı işleri için, mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin örnekler:

Türk Medenî Kanunu'nun 589. maddesine göre, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi, istem üzerine veya re'sen tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri alır. Bu önlemler, özellikle kanunda belirtilen hâllerde terekede bulunan mal ve hakların yazımına, terekenin mühürlenmesine, terekenin resmen yönetilmesine ve vasiyetnamelerin açılmasına ilişkindir. Önlemlerle ilgili giderler, ileride terekeden alınmak üzere, başvuran kişi tarafından; önleme hâkimin re'sen karar verdiği hâllerde Devlet tarafından karşılanır. Mirasbırakan, yerleşim yerinden başka bir yerde ölmüş ise, o yerin sulh hâkimi bu ölümü yerleşim yeri sulh hâkimine gecikmeksizin bildirir ve mirasbırakanın ölüm yerinde bulunan mallarının korunması için gerekli önlemleri alarak bununla ilgili dosyayı ve varsa vasiyetnameyi yerleşim yeri sulh hâkimine gönderir.

Türk Medenî Kanunu'nun 596. maddesinin birinci fıkrasında ise, vasiyetnamenin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın tesliminden başlayarak bir ay içinde mirasbırakanının yerleşim yeri sulh hâkimi tarafından açılıp ilgililere okunacağı belirtilmiştir.

SONUÇ

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, sulh hukuk mahkemesidir. Özel bir kanun hükmü ile, bazı çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesi dışında başka bir mahkeme görevlendirilebilir. Sulh hukuk mahkemesinden başka bir görevli mahkemenin belirtilmiş olduğu hallerde, çekişmesiz yargı işi bu belirtilen mahkemede görülmelidir. Çekişmesiz yargı işi kural olarak mahkemeler tarafından görülür. Çekişmesiz yargı işlerinden bazılarının idari yönü ağır basan işler olması sebebiyle, idari nitelik taşıyan bazı çekişmesiz yargı işleri mahkemelerden başka makamlara bırakılabilir.

Çekişmesiz yargı işleri için yetkili mahkeme, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesidir. Kanunlarda genel kuralın aksine özel hüküm bulunan hallerde, özel kanunda yazılı olan yer mahkemesi, o çekişmesiz yargı işi için yetkili mahkeme olacaktır.

KISALTMALAR

BK	Borçlar Kanunu
E.	Esas
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra ve İflas Kanunu
K.	Karar
m.	Madde
s.	Sayfa
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	Yargıtay

KAYNAKLAR

- Akkan, Mine. Güncel Yargıtay Kararları Işığında Mahkemelerin Görevi, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014/3, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XI, Özel Sayı, s. 39-88.
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis. Medenî Usûl Hukuku Esasları, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara, 1960.
- Berkin, Necmeddin M. Medenî Usûl Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- Brehm, Wolfgang. Freiwillige Gerichtsbarkeit, Stuttgart, 2009.
- Budak, Ali Cem. “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara, 2005, s. 128-187.
- Gençcan, Ömer Uğur. Öğreti ve Uygulamada Boşanma, 1. Cilt, Ankara, 2000.
- Haußleiter, Martin. FamFG Kommentar, München, 2011.
- Karslı, Abdurrahim. Medenî Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Keidel, Theodor. FamFG Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München, 2011.
- Köseoğlu, Bilal/Kocaağa, Köksal. Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa, 2011.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder. Medenî Usûl Hukuku, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kuru, Baki/Budak, Ali Cem. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 85, 2011/5, s. 3-43.
- Kuru, Baki. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.
- Kuru, Baki. Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.
- Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt: I, İstanbul 2001.

- Meier, Isaak. Schweizerisches Zivilprozessrecht - Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich, 2010.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. Medenî Usûl Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Petek, Hasan. “Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı 2, 2010, s. 43-78 (Basım Yılı: 2012).
- Postacıoğlu, İlhan E. Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975.
- Tanrıver, Süha. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Noterleri İlgilendiren Hükümlerinin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, Ankara, 2011, s. 161-175.
- Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim. Medenî Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- Yılmaz, Ejder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013.
- Yılmaz, Orhan. “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görevli Mahkeme”, İBD 2012, C. 86, S. 1, s. 3-14.
- Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA HUKUKUNDA KALICI BİR ÇÖZÜM OLARAK YEREL ENTEGRASYON

Mesut AYGÜN*
Cansu KAYA**

Özet

Bir tarafın zulmetme diğer tarafına bu zulümden kaçması eski zamanlardan bu yana vardır. Modern devletlerin oluşması ile birlikte, sınırları belirginleşmiş devlet topraklarındaki zulümden kaçan kişiye, ikame bir korumanın sağlanması ise daha yakın bir tarihe dayanmaktadır. Kişiye devletin sağlamadığı veya artık sağlayamadığı ulusal korumanın uluslararası camia tarafından sağlandığı bu ikame koruma türü uluslararası korumadır. Genel kabul görmüş görüşe göre, uluslararası koruma ikame koruma ile başlar ve korunan kişiye kalıcı çözüm sağlanması ile sona erer.

Uluslararası hukukta, uluslararası koruma kapsamında yer alan kişilere kalıcı çözüm sağlanması amacıyla kabul görmüş üç yöntemden birisi yerel entegrasyondur. Yerel entegrasyon ile kişiye vatandaşa tanınan birçok hak tanınarak topluma entegre olması sağlanmakta ve sahip olduğu statü sona ermektedir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 2014 tarihinde yürürlüğe girmesi ile yabancıların ülkeye entegre olmaları yönündeki düzenleme ilk defa Türk hukukunda yerini almıştır. Bu araştırmanın konusunu, yabancı kişilerin ülkeye uyum sağlamaları için uluslararası hukukta kişilere sağlanan haklar, var olan hukuki düzenlemeler ve benzer haklar ile hukuki düzenlemelerin iç hukukta nasıl ele alındığı oluşturur.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, uluslararası koruma, mülteci hukuku, yerel entegrasyon, sosyal haklar, vatandaşlık.

THE LOCAL INTEGRATION AS A DURABLE SOLUTION IN FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION LAW

Abstract

Persecution of one party and fleeing of the persecuted one exist from ancient times. With the formation of modern states, it is however more recent to provide a person fleeing from an oppression in a state with distinctive borders with substitute protection. This type of substitute protection in which the protection cannot be provided by the government of the person but by the international community is the international protection. According to a generally accepted view, the international protection begins with the substitute protection and it ends with a durable solution for the protected person.

* Yrd. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD Öğretim Üyesi, E-mail: maygun@anadolu.edu.tr.

** Ar. Gör. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD Öğretim Elemanı, E-mail: cansu_k@anadolu.edu.tr.

In international law, the three accepted methods aiming to supply a durable solution to the persons within the international protection are voluntary repatriation, resettlement and local integration. With local integration, the person is integrated to the society by according her many rights that are also accorded to citizens. By this way the status of the person in society is normalized. With coming in the force of The Foreigners and International Protection Law in 2014, the integration issue has held the first time in the Turkish Law. Legal regulations in the international law on the integration of the refugees and legal regulations in the Turkish Law on the integration of the refugees are the subjects of this study.

Keywords: Foreigners and International Protection Law, international protection, refugee law, local integration, social rights, nationality.

GİRİŞ

2011 yılı Mart ayı itibariyle Suriye'deki iç karışıklıklardan dolayı Türkiye'ye yoğun kitle akını yaşanmaya başlamıştır ve devam etmektedir. 2014 yılında, Avrupa Birliği (AB) iltica sistemi ile uyumlu olmayı amaç edinerek yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹ ile birlikte, bu kişiler, geçici koruma uygulaması kapsamında ülkemizde bulunmaktadır. Geçici koruma ile ilgili, 2001/55/EC sayılı AB Konseyi Geçici Koruma Direktifinin dördüncü maddesinde, geçici koruma rejiminin geçiciliği vurgulanmaktadır. Düzenlemeye göre, geçici korumanın süresi bir yıl olup, altı aylık periyodlarla en fazla iki kere uzatılabilmekte ve dolayısıyla geçici koruma süresi en çok 2 yıl olabilmektedir.² 2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliğinde³ ise, geçici koruma süresine ilişkin herhangi bir süre belirtilmemekte ancak 10. maddede Bakanlar Kurulu kararınca süre belirlenebileceği düzenlenmiştir. 2011 yılından bu yana ülkemizde bulunan Suriyelilerin geçici koruma kapsamında olmaları bu sebeple düşündürücüdür. Ayrıca, yapılan araştırmalarda, Türkiye'de bulunan Suriyelilerin önemli bir kısmının, Suriye'de karışıklıklar sona erse bile, bir daha dönmeyecekleri sonucu ortaya çıkmaktadır.

¹ Kanunun, 122. maddesi, 123. maddesinin birinci, ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile 124. maddesi hariç olmak üzere Beşinci Kısmı yayımı tarihinde; diğer hükümleri 11 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. RG. 11.04.2013-28615.

² T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliğinde Geçici Koruma Sayfası. http://www.goc.gov.tr/icerik3/avrupa-birliginde-gecici-koruma_409_558_1096 (Erişim Tarihi: 10.03.2016).

³ RG. 22.10.2014-29153.

Ülkede sayıları milyonları geçen yeni bir nüfusun görmezden gelinmesi olanaksızdır. Bu sebeple, Suriye'den gelen kişilerin, Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından genel kabul görmüş, gönüllü geri dönüş, üçüncü ülkeye yerleştirilme veya yerel entegrasyon çözümünden birine kavuşturulması gerekir. YUKK kapsamında bu kişiler, Avrupa dışından gelmiş kişiler olarak şartlı mülteci statüsünü elde edemediklerinden, üçüncü ülkeye yerleştirilme imkânları yoktur. Ayrıca, ülkelerindeki iç karışıklık devam ettiği için gönüllü olarak ülkelerine de geri dönememektedirler. Bu sebeple, bu kişilerin birçoğu için en uygun kalıcı çözüm olanağı, yerel entegrasyon olarak görülmektedir.

Çalışmada öncelikle, ilgili kişilerin, menşe ülkelerinin ulusal korumasından yararlanamadıkları için başka ülkelerden sağladıkları uluslararası koruma ve konu ile ilgili uluslararası hukuktaki düzenlenmeler anlatılacaktır. Uluslararası korumanın hukuki temeli anlatılırken, doğrudan mülteci hukuku ile ilgili belgeler ve herkes için olan insan hakları ile ilgili belgeler ayrı başlıklar altında açıklanacaktır. Konu ile ilgili olması bakımından insancıl hukuk ve ceza hukukuna da değinilecektir. İlk bölümde uluslararası korumanın hukuki temeli anlatıldıktan sonra, doktrinde geleneksel olarak benimsenmiş üç kalıcı çözüm türü ve tarihsel gelişimi anlatılacaktır.

Çalışmanın ikinci kısmında yerel entegrasyonun gelişimi ve kapsamı anlatılacaktır. Yerel entegrasyon çözümü kapsamını, *Hathaway*'in ifadesiyle, içinden vatandaşlığın kazanılmasını çıkarttığımızda, kişiye sosyal hakların tanınması olarak açıklandığında⁴, entegrasyonu da açıklarken sosyal hakları ve uluslararası hukukta düzenlenme şekilleri ele alınacaktır. Çalışmayı fazla uzun tutmamak amacıyla, entegrasyon kapsamında kabul edilen tüm haklar değil; barınma hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı ve vatandaşlığın kazanılması üzerinde durulacaktır.

Son kısımda da, YUKK ve Uygulama Yönetmeliği⁵ ile mevzuata dâhil olan uyum düzenlemesi üzerinde durulup, topluma entegre olmayı sağlayacak bazı haklar üzerinde durulacaktır. Haklar hakkında açıklama yapılırken, konuya ilişkin var olan yönetmeliklere de değinilecektir. Söz

⁴ James C. Hathaway, *The Rights Of Refugees Under International Law*, (Cambridge University Press, 2005), s. 978.

⁵ RG. 17.03.2016-29656.

konusu uyum düzenlemesi genel olarak yabancılar için getirilmiş olsa da, çalışmada söz konusu madde ve diğer haklar, sadece uluslararası koruma kapsamındaki kişiler ve geçici koruma kapsamındaki kişiler bakımından incelenecektir.

16 Aralık 2013 tarihinde Türkiye ile AB arasında Geri Kabul Anlaşması imzalanmış ve Haziran 2014 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından onaylanmıştır. Avrupa Komisyonunun, Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyine tavsiye niteliği taşıyan ve 5 bloktan oluşan Birinci Değerlendirme Raporunun bir bloğu “Göç Yönetimi”ne ayrılmıştır.⁶ Söz konusu bloklarda yer alan kriterlerde, Aralık 2013 tarihinde başlatılan diyalog sürecinden bugüne, Türkiye tarafından söz konusu teknik kriterlerin karşılanması yönünde atılan adımlar değerlendirilmiş ve kriterlere uyumun artırılmasına yönelik hedef odaklı politika önerileri yer almıştır. Çalışmada yeri geldikçe, bu hususlara da yer verilecektir.

Çalışma, ulaştığımız vargıları içeren sonuç kısmı ile sona erecektir.

I. ULUSLARARASI KORUMA HUKUKU VE KALICI ÇÖZÜMLER

A) Uluslararası Koruma Hakkında Genel Bilgiler

1. Uluslararası Korumanın Tanımı

Uluslararası korumanın tanımına herhangi bir sözleşmeden ulaşılamamaktadır. Uluslararası korumanın tanımı her ne kadar yapılmamış olsa da, doktrinde genel kabul gören tanıma göre uluslararası koruma, kişiye kendi ülkesinin sağlamadığı korumanın, uluslararası alanda başka bir devlet tarafından sağlanması olarak ifade edilmektedir.⁷ Uluslararası koruma, bireyin tâbiyetinde olduğu devletten beklediği korumaya erişemediği anda devreye girer.⁸ BMMYK'nın 2006 yılında

⁶ İktisadi Kalkınma Vakfı, *Türkiye ile Vize Serbestliğine İlişkin Yol Haritası- Birinci Değerlendirme Raporu Analizi*, (IKV, 2014).

⁷ Tefik Odman, *Mülteci Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 1995), s. 20-21; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), s. 221; Işıl Özkan, *Göç, İltica Ve Sığınma Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2013), s. 275; Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2015), s. 27.

⁸ E. Feller, V. Türk ve F. Nicholson, (Der.), *UNHCR's Global Consultations On International Protection, Refugee Protection In International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), s. 336; Ann Vibeke Egglı, *Mass Refugee Influx And*

yayımladığı “*Master Glossary of Term*” kitapçığında, uluslararası koruma şu şekilde tanımlanmıştır: Kişinin kendi ülkesinde sağlanamayan ulusal koruma yoksunluğundan dolayı, menşe ülkesi dışında temel haklarının korunmasını amaçlayan, temeli uluslararası hukuka dayanan, uluslararası toplum tarafından sağlanan korumadır.⁹

2. Uluslararası Korumaya İlişkin Düzenlemeler

a) Uluslararası Düzenlemeler

Uluslararası hukukun bağlayıcı kaynakları, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesi birinci fıkrasında sayılmıştır. Bunlar, uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamül hukuku kuralları ve çağdaş milletlerce kabul edilen hukukun genel prensipleri ve yardımcı kaynak olarak da, uluslararası mahkeme içtihatları ve doktrindir.¹⁰

Mültecinin uluslararası alanda korunmasının hukuki temelini uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası mülteci hukuku ve bazı durumlarda uluslararası insancıl hukuk ile uluslararası ceza hukuku oluşturur; adı geçen hukuk alanların kapsamını evrensel ve bölgesel anlaşmalar, uluslararası örf adet hukuku, hukukun genel ilkeleri ile yargı kararları ve doktrin oluşturur.¹¹

i. Uluslararası Mülteci Hukuku

Uluslararası Anlaşmalar

Uluslararası mülteci hukuku alanında uluslararası nitelikte en önemli iki belge 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi ile 1967 tarihli Mülteci Protokolüdür. Kişinin, yaşam veya özgürlüklerinin ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceleri sebebiyle tehdit altında olabileceği ülkeye gönderilmesini yasaklayan geri gönderilmeme

The Limits Of Public International Law, (Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers 2002), s. 14.

⁹ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR); Department of International Protection (DIP); Protection Information Section (PIS), *UNHCR Master Glossary of Terms, Rev.1*, June 2006, s. 13. <http://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html> (Erişim Tarihi: 14.02.2016).

¹⁰ Birleşmiş Milletler, *Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü*, s. 74. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf (Erişim Tarihi: 03.03.2016).

¹¹ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *An Introduction to International Protection Protecting persons of concern to UNHCR Self-study module 1*, (Geneva: UNHCR, 2005), s. 25; Çiçekli, s. 226-227.

(*non-refoulement*) ilkesi de uluslararası korumanın temel taşlarından¹² ve bu ilke 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi'nin 33. maddesi ilk fıkrasında düzenlenmiştir. İlkenin uygulanmayacağı istisna haller ise aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir ve buna göre, kişinin, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli olduğuna dair ciddi şüpheler varsa veya özellikle ciddi bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkûm olup o ülkenin halkı için tehlike teşkil etmesi söz konusuysa, bu ilkedan faydalanamaz. 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesinin 33. maddesi aynı zamanda sınırdaki sığınmacıya, ayrıca ülkede bulunup henüz statüsü belirlenmemiş kişiye de uygulanır.¹³

Bölgesel Anlaşmalar

1969 tarihli Afrika Mülteci Sorunları Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi (ABÖ Sözleşmesi), şu an adı Afrika Birliği olan topluluğun üyeleri tarafından kabul edilmiştir.¹⁴ Bu bölgesel Sözleşme, geniş mülteci tanımı, sığınma sağlanması konusunda devletlere getirdiği pozitif yükümlülük, kalıcı çözümlere yönelik teminat sağlanması ve mülteciler tarafından yıkıcı faaliyetlerin yasaklanması ile ilgili düzenlemeler getirmesi sebebiyle, bölgesel olarak 1951 Sözleşmesinin tamamlayıcısı olmuştur.¹⁵

Avrupa Birliğine üye devletler, özellikle 1980 yılından sonra, sığınma politikalarını ve uygulamalarını uyumlu hale getirme kararı almışlar ve bu amaçla 1999 yılından itibaren, 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesinin ortak uygulanması için Avrupa Ortak Sığınma Sistemini

¹² Elif Uzun, “Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 8, Sayı:30, 2012, ss.25-58, s. 25; (UNHCR (2005), s. 26. Sığınmacı ve mültecilerin sınırdışı edilmeleri ile ilgili olarak bkz.: Nuray Ekşi, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı Ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 82, Sayı: 6, 2008, s. 2801-2838; Gökhan Taneri, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2012).

¹³ UNHCR (2005), s. 26.

¹⁴1969 tarihli ABÖ Mülteci Sözleşmesi 20 Haziran 1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir: Mehmet Özcan, *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku*, (Ankara: USAK Yayınları, 2005), s. 19.

¹⁵ Odman (1995), s. 49; UNHCR (2005), s. 27; Özkan, s. 167-168.

kurmaya amaçlamışlardır.¹⁶ Avrupa Ortak Sığınma Sistemi kısaca şu düzenlemeleri kapsamaktadır¹⁷:

- Geçici koruma düzenlemesi (2001 tarihli Geçici Korumaya İlişkin Konsey Yönergesi)¹⁸,
- Sığınmacıların ülkeye alınması için asgari şartların düzenlenmesi (2003 tarihli Sığınma İsteyenlerin Ülkeye Kabulüne İlişkin Asgari Standartların Belirlenmesine İlişkin Konsey Yönergesi)¹⁹,
- Sığınma talebini incelemek üzere sorumlu üye devletin belirlenmesi için yeni bir düzenleme yapılması (2004 tarihli Sığınma Başvurusunun İncelenmesinden Sorumlu Devletin Belirlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü-Dublin II Tüzüğü),
- Sığınma talebinde bulunanların parmak izlerinin karşılaştırılabileceği yeni bir sistem oluşturulması (2003 Ocak ayından itibaren *EURODAC* olarak bilinen uygulama)²⁰,
- Uluslararası koruma ihtiyacı olanları belirlemek için asgari standartları benimseyen “Vasıf” Yönergesinin düzenlenmesi (2011 Tarihli Mülteci ve İkincil Koruma Statüsüne İlişkin Standartlar Konusunda Parlamento ve Konsey Yönergesi-Vasıf Yönergesi),
- Statü belirleme prosedürü için gerekli asgari ortak standartları tanımlayan Usul Yönergesinin düzenlenmesi (2013 tarihli Uluslararası Koruma Statüsünün Tanınması ve Geri Çekilmesi Konusunda Ortak Usullere İlişkin Parlamento ve Konsey Yönergesi- Ortak Usul Yönergesi).

Asgari usul normları getiren bu hükümlerin onaylanması, Avrupa Ortak Sığınma Sistemi kurulmasının ilk aşamasıdır; ikinci aşama ise, benimsenen ilkelerin devletler tarafından milli hukuka dönüştürülmesi ve üye ülkeler arasında uygulama uyumunun sağlanmasıdır.²¹

¹⁶ UNHCR (2005), s. 28; Özkan, s. 198-199; Avrupa Birliği’nde sığınma sisteminin gelişimi için bkz.: Nurcan Özgür ve Yeşim Özer, *Türkiye’de sığınma sisteminin Avrupalılaştırılması*, (İstanbul: Derin Yayınları, 2010), s. 7-96.

¹⁷ UNHCR (2005), s. 28; Çiçekli, s. 229-230.

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz.: Özcan, s. 160-169.

¹⁹ Özcan, s. 178.

²⁰ Sistem şu anda Danimarka hariç tüm AB ülkeleri ve *EURODAC* düzenlemesine taraf olan Norveç ve İzlanda’da uygulanmaktadır: Özcan, s. 174.

²¹ UNHCR (2005), s. 28.

1984 tarihli mültecilerle ilgili *Cartagena* Bildirgesi, Orta Amerika'yı etkileyen iç savaş sonrası doğan mülteci krizine çözüm bulmak için hükümet temsilcileri, bölgeden akademisyen ve avukatların da katılımıyla kabul edilen belgedir.²² Tıpkı Afrika Organizasyonu Mülteci Sözleşmesi gibi, bu Belge de 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesinin tamamlayıcısı olmasının yanı sıra, mülteciler için insani muamele ve kalıcı çözümler sağlanması konusunda öneriler ortaya koymaktadır.²³

Uluslararası Teamül Hukuku

Geri Gönderme Yasağı (*Non-refoulement*), uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçasıdır.²⁴ Bu sebeple tüm ülkeler, herhangi bir kişinin, siyasi düşünce veya sosyal bir gruba mensubiyet, milliyet, din, ırkı sebebiyle özgürlüğü veya hayatının tehdit edileceği bölge veya ülkeye gönderilmesine ilişkin yasakla bağlıdır. Bu bağlılık, söz konusu ilkeye uygun davranma yükümlülüğünün 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi veya 1967 tarihli Mülteci Protokolüne taraf olmayan ülkeleri de bağlaması sebebiyle önemlidir.

Yargı Kararları ve Doktrin

Hukuk, yapısı sebebiyle yoruma açıktır. Uluslararası alanda, aynı konuya dair ortak bir anlayışı kurabilmek için, devletlerin hukuki sorunlar karşısında üst mahkemelerinin kararlarını incelemek önemlidir.²⁵ Ülkelerin, uluslararası mülteci hukukundan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin denetlenmesinde, mahkemelerin görüşleri, uluslararası mülteci hukukunun içeriğinin belirlenmesi açısından önemlidir.²⁶ Uluslararası mülteci hukuku alanında önde gelen akademisyenlerin görüşleri de, uluslararası korumanın yapısının belirlenmesinde yardımcı olur.

Mahkemeler, devletlerin mültecilere karşı yasal yükümlülüklerini incelerken sıklıkla BMMYK'nın Yürütücü Kurul Kararlarına, BMMYK'nın mülteci statüsünün belirlenmesinde usul ve kriterlere dair El

²² Odman (1995), s. 52; Özkan, s. 169.

²³ Odman (1995), s. 53-54; Özkan, s. 170.

²⁴ UNHCR (2005), s. 28, 33; Çiğdem Altınışık ve Mehmet Şahin Yıldırım, *Mülteci Haklarının Korunması* (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2002), s. 111; Çiçekli, s. 230; Acer, Kaya ve Gümüş, s. 34. Ayrıca, geri gönderme ilkesinin, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı veya bir jus cogens kuralı olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz.: Uzun, s. 26-58.

²⁵ UNHCR (2005), s. 29.

²⁶ UNHCR (2005), s. 29; Çiçekli, s. 230.

Kitabına, BMMYK Koruma Rehberi gibi “*soft law*” araçlarına da atıf yapar.²⁷ *Soft Law*, devletler tarafından oluşturulmuş yasal dokümanlardan ziyade politik araçlardır ve bu sebeple yasal olarak bağlayıcı değildir, ancak devletlerin bakış açılarını sunmaları bakımından önemlidirler.²⁸ *Soft Law* alanına dair evrensel nitelikte bildirgelerden bazıları şunlardır: Ülkesel Sığınma Bildirgesi (1967)²⁹, 1951 Sözleşmesi veya 1967 Protokolüne Taraf Devletler Bildirgesi (2001)³⁰ ve uluslararası koruma hakkında Yürütücü Komite (*ExCom*) Kararları³¹.

ii. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

Uluslararası insan hakları hukuku, özellikle savunmasız insan grupları için insanca muamelenin tesisini amaçlaması ve her bireyin onur ve refahını korumaya odaklanması sebebiyle uluslararası mülteci hukukuyla yakından ilişkilidir.³² Uluslararası insan hakları hukuku, sığınma ülkesinde, uluslararası insan hakları hukukundan doğan mülteci ve sığınmacının sahip olduğu haklar açısından önemli olduğu gibi, mülteci adına ve onlar tarafından kullanılabilen insan haklarının düzgün uygulanmasını denetleyen uluslararası mekanizmaları işletmesi açısından da önemlidir.³³

İnsan hakları hukuku ayırım gözetmeksizin herkese uygulandığından, sığınmacının statüsüne bakılmaksızın, bulunduğu ülke topraklarında kendilerine yapılan muamelenin denetlenebilmesi ve herhangi bir mülteci sözleşmesine taraf olmayan devletlerin sorumlu tutulabilmesi bakımından önemlidir.³⁴ Dolayısıyla, 1951 Sözleşmesi veya 1967 Protokolü kapsamında ulaşılamayan uluslararası şikâyet mekanizmalarına, birçok uluslararası insan hakları belgesi kapsamında, herkes gibi mültecilerin de başvurma hakkı vardır.³⁵

Uluslararası Anlaşmalar

İnsan hakları konusunda, uluslararası alanda insan haklarının temelini oluşturan belge, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel

²⁷ UNHCR (2005), s. 29.

²⁸ UNHCR (2005), s. 29; Çiçekli, s. 231.

²⁹ Odman (1995), s. 55-56.

³⁰ Çiçekli, s. 231.

³¹ UNHCR (2005), s. 30.

³² UNHCR (2005), s. 30.

³³ Çiçekli, s. 232.

³⁴ UNHCR (2005), s. 31.

³⁵ UNHCR (2005), s. 31; Altınışık ve Yıldırım, s. 112-113.

Beyannamesidir.³⁶ İkinci Dünya Savaşının ardından kabul edilen bu belge, insan topluluğunun tüm üyelerinin temel özgürlüklerine ve onuruna saygıyı amaçlamaktadır. Beyanname, bildiri olarak yayınlanması nedeniyle, tanıyan devletlere herhangi bir yükümlülük getirmemekte ise de; kabul edildiğinden bu yana birçok kuralı yasal olarak bağlayıcı olan anlaşmalarla yinelenmiştir, teamül hukuku kuralı haline gelmiştir.³⁷ Sözleşmenin tüm maddeleri, ayırt etmeksizin tüm insanlara tanınmış olmasına rağmen, 14. maddesinde “*Herkes zulümden kaçıp başka ülkelere katılma ya da sığınma arama hakkına sahiptir.*” denilerek, sığınma talebi hakkına vurgu yapılmıştır.³⁸

1966 yılında kabul edilen ve “İkiz Sözleşmeler” şeklinde anılan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Evrensel Beyannameye yer alan hak ve özgürlükleri daha kapsamlı düzenlemektedir.³⁹ Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 4. madde ikinci fıkrasında, yaşam hakkı, işkence ya da zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz kalmama hakkı sıralanmıştır ve bu haklar her durumda ve her zaman korunmalıdır, bu haklar ihlal edilemez (*non-derogable*) haklar olarak adlandırılırlar.⁴⁰ Bu Sözleşmenin taşıdığı en önemli özelliklerden birisi, sözleşmeciler devletlerin Sözleşmede yer alan insan haklarına saygı gösterip göstermediğini denetlemek üzere, yaptıkları çalışma ve aldıkları tedbirleri belli aralıklarla BM Genel Sekreterliği aracılığıyla İnsan Hakları

³⁶ 10 Aralık 1948 tarihinde imzalanan Beyanname, 27 Mayıs 1949 tarihli 7217 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır: Rona Aybay, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan_haklari_evrensel_bildirisi.pdf (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

³⁷ UNHCR (2005), s. 32; Altınışık ve Yıldırım, s. 140; Özkan, s. 57.

³⁸ Sığınma arama hakkının, talep etme hakkı veya sığınmayı kabul hakkı olup olmadığına dair tartışmalar için bkz.: Neva Övünç Öztürk, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3 Sayı:2, 2012; Özkan, s. 57.

³⁹ Türkiye, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’ni 21.07.2003 tarih ve 25175 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan kararla ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesini’ni ise 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan karar ile onamıştır. Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), s.44-45.

⁴⁰ UNHCR (2005), s. 33.

Komitesine bildirme yükümlülüğü getirmesidir.⁴¹ Aynı denetim şekli diğer Sözleşme için de, gelişmelerin dönemsel olarak Ekonomik ve Sosyal Konseye (BMESK) bildirilmesi şeklinde olmaktadır.⁴²

Uluslararası alanda kabul edilmiş diğer anlaşmalardan bazıları şunlardır: Irk Ayrımının Her Türünün Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (1965)⁴³, Kadına Karşı Ayrımcılığın Her Türünün Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (1979)⁴⁴, Birleşmiş Milletler İşkence, Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçük Düşürücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme (1984)⁴⁵, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989)⁴⁶, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (1990)⁴⁷.

Bölgesel Anlaşmalar

İnsan hakları hukukunun gelişiminde bölgesel anlaşmalar da önemli bir yer tutar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950)^{48 49}, Avrupa Sosyal Şartı (1961), Afrika Halklar ve İnsan Bildirgesi (1981) bölgesel anlaşmalardan birkaçıdır. Diğer bölgesel anlaşmalara örnek olarak 1985 Inter-Amerika Sözleşmesi (1985), Avrupa Konvansiyonu (1987), Afrika Çocuk Hakları Bildirgesi (1990), Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (1996)⁵⁰ gelmektedir.

⁴¹ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*. (3. Bası), (Ankara: Turhan Kitabevi, 1993), s. 194-196; Altınışık ve Yıldırım, s. 141.

⁴² Pazarcı, s. 196; Altınışık ve Yıldırım, s. 142.

⁴³ RG. 16.06.2002-24787.

⁴⁴ RG. 14.10.1985-18898.

⁴⁵ RG. 10.08.1988-19895.

⁴⁶ RG. 27.01.1995-22184.

⁴⁷ RG. 08.07.2004-25516.

⁴⁸ RG. 19.03.1954-8662.

⁴⁹ Sözleşmenin en önemli özelliklerinden birisi, denetim mekanizması olarak, hem bireysel, hem de devlet başvurularını kabul etmesi ve başvuru hakkının devlet tarafından kullanılabilmesi için ayrıca bir kabule gerek yokken; bireysel başvuru için devletlerin ilgili maddeyi kabulünün şart olmasıdır. Türkiye, 1954 yılında AIHS'ye taraf olmuş, 1987'de Sözleşmeye bağlı Komisyonuna bireysel başvuru hakkını kabul etmiş, 1990 yılında da Avrupa Adalet Divanının yargı yetkisini tanımıştır. Altınışık ve Yıldırım, s. 142-143.

⁵⁰ 1961 yılında kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı güncellenerek yeni halini almıştır. Türkiye Şartı 2004 tarihinde kabul etmişse de, Şart ülkemizde 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İnsan Hakları Başyuru Mekanizmaları

Yukarıda açıklanan anlaşmaların kabulüyle birlikte, bu anlaşmaların uygulanmasını denetlemek ve insan hakları ihlali iddialarını incelemek için çeşitli kurumlar oluşturulmuştur. Birleşmiş Milletler bünyesinde, her biri ayrı yapılanmaya sahip insan haklarının korunmasını gözlemlemek için oluşturulmuş birçok kurum vardır. Bu kuruluşlar ya BMESK tarafından veya bazı evrensel insan hakları anlaşmaları sonucunda kurulmuşlardır ve her kuruluş türü de evrensel nitelik taşır.⁵¹ BMESK tarafından kurulan iki kurum İnsan Hakları Komisyonu ve Kadın Statüsü Komisyonudur.⁵²

iii. Uluslararası İnsancıl Hukuk

İnsancıl hukuk, savaş veya silahlı çatışma durumlarında, insanların korunması ve savaş araçlarının sınırlandırılmasını amaçlayan hukuk dalıdır.⁵³ Hem insan hakları hukuku hem de mülteci hukukundan daha önceye dayanan uluslararası hukukun bu dalının amacı, silahlı çatışmalar süresince, hiç düşmanca faaliyette bulunmamış ya da artık bulunmayan kişileri korumak, savaş yöntemi ve araçlarını kısıtlayıp düzenlemektir.⁵⁴ Bu alandaki önemli belgeler, Cenevre Sözleşmeleri (1949)⁵⁵ ve onun iki Ek Protokolleri (1977) ile üçüncü Protokoldür (2005).⁵⁶

iv. Uluslararası Ceza Hukuku

Çok sayıda mülteci, güvenli bir yer bulabilmek umuduyla ülkesinden kaçarken kaçakçılara güvenmek durumunda kalır. Ancak

⁵¹ UNHCR (2005), s. 34.

⁵² UNHCR (2005), s. 35. Sözleşmeler sonucunda kurulmuş kurumlar ise şunlardır: İnsan Hakları Komisyonu (Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi), İşkenceye Karşı Komite (BM İşkence Sözleşmesi), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komisyonu (Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi), Irk Ayrımının Azaltılması Komisyonu (BM Irk Ayrımı Sözleşmesi), Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komisyonu (BM Kadın Sözleşmesi), Çocuk Hakları Komisyonu (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi), Göçmen İşçi ve Aile Üyeleri Haklarının Korunması Komisyonu (Göçmen Sözleşmesi). Bölgesel sözleşmeler sonucunda kurulmuş olan kurumlar ise şunlardır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu, Afrika İnsan ve Halklar Mahkemesi ve Komisyonu, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komisyonu.

⁵³ Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2006), s. 1.

⁵⁴ UNHCR (2005), s. 36; Özkan, s. 35; Gökhan Güneysu, *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), s. 21; Melike Batur Yamaner, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, (İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007), s. 19-21.

⁵⁵ RG. 30.01.1953-8322.

⁵⁶ Türkiye Protokollere taraf değildir.

kaçakçılara güvenip güvenli ülke arayışına çıkan sığınmacı, sadece kendi hayatını değil, aynı zamanda varacağı ülkede sığınma bahşedilmesi ihtimalini de tehlikeye atar. Mültecilerin, kaçakçılar tarafından suiistimal edilmesini önleme amaçlı iki belge, 2004 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Göçmenlerin Havada, Karada ve Denizde Kaçakçılığına Karşı Protokolü (2000) ve 2003 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İnsan Ticaretini Yasaklama ve Önleme Protokolüdür.⁵⁷

b) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol, Türk hukukunda uluslararası koruma hukukunun temel belgeleridir. Türkiye, Sözleşmeye katılırken, “1 Ocak 1951’den Avrupa’da cereyan eden hadiseler” ibaresi ile mülteci tanımına coğrafi ve tarihi sınırlama koymuştur.⁵⁸ Daha sonra 1967 Protokolünü imzalayarak tarih sınırlamasına son vermiştir fakat coğrafi sınırlama hala geçerliliğini korumaktadır.

Türk hukukunda uzun yıllar 1951 Sözleşmesi ve Protokolü dışında, mültecilerle ilgili kanun düzeyinde bir yasal bir düzenleme bulunmamaktaydı.⁵⁹ 1994 tarihli “İltica ve Sığınma Yönetmeliği” ile mülteci hukukuna ilişkin işlemler yapılmaktaydı. Çoğu idarenin eylem ve işlemlerine dayanan sığınma hukukuna ilişkin uygulamaların temelini kanundan almaması, hem ülke içinde hem de ülke dışında eleştirilere yol açmaktaydı. Bu sebeple Avrupa Birliğine adaylık sürecinde yer alan Türkiye, AB müktesebatı ve uygulamalarına uyum çalışmaları çerçevesinde sığınma ile ilgili mevzuatını yenileme yoluna gitmiştir.⁶⁰

⁵⁷ UNHCR, (2005), s. 38.

⁵⁸ Odman, (1995), s. 165.

⁵⁹ 1994 Yönetmeliği yürürlüğe girene kadar mülteci hukukuna dair Türkiye’deki uygulamalar hakkında bilgi için bkz.: Kemal Kirişçi, *Türkiye “Coğrafi Sınırlama”yı Kaldırıyor Mu?* (Ankara: Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği, 1996), s. 2-8; Özgür ve Özer, s. 109-128; Acer, Kaya ve Gümüş, s. 63-72; Mürvet Ece Büyükkalık, *Mülteci Hukukunun Gelişimi ve Türkiye’de Mültecilerin Sosyal Hakları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2015), s. 63-90.

⁶⁰ Öztürk (2015), s. 378; Büyükkalık, s. 111-114. AB müktesebatının üstlenilmesine ilişkin Türkiye Ulusal Programında göç ve iltica alanındaki başlıca taahhütler için bkz.: Nuray Ekşi, *Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (3. Bası), (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015a), s. 17-24. Sığınma alanında Avrupalılaştırmanın yasal ve kurumsal çerçevesi için bkz.: Özgür ve Özer, s. 132-148.

2014 yılında yürürlüğe giren YUKK ile birlikte, mülteciler ve uluslararası koruma kapsamındaki diğer kişilere ilişkin konuları kanun seviyesinde düzenlemeye tabi tutmaktadır. Kanuna göre, mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil koruma talep eden yabancılar uluslararası koruma statüsünden yararlanabilirler. Kanununun 61. maddesine göre, mülteci, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkan kişidir. Şartlı mülteci, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle, aynı nedenlerle haklı zulüm korkusu yaşayan kişidir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir (m. 62). İkincil koruma statüsü ise, mülteci veya şartlı mülteci statüsü elde edemeyecek, ancak menşe ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek (m. 63/1), işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak (m. 63/1-b), uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyecek şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması sebebiyle (m. 63/1-c) menşe ülkesi veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen yabancı veya vatansız kişilere sağlanır.

YUKK ile Türk hukukunda ilk kez yasal düzenlemeye konu olan geçici koruma statüsü 91. maddede düzenlenmiştir. Ülkesinden zorla ayrılan ve geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla, kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanacak koruma, geçici koruma olarak adlandırılmaktadır. 2011 yılından itibaren kitlesel akımla Türkiye’ye gelen Suriyelilerin statüsü, geçici koruma statüsüdür.⁶¹

B) Kalıcı Çözümler ve Tarihi Gelişimi

BMMYK belgesine göre, uluslararası koruma, kişinin sığınma ülkesine girişi, kendisine sığınma başlanması, temel insan haklarına saygı, güvenliğinin tehdit edildiği ülkeye geri gönderilmemesi (*non-refoulement*) ile başlar; kendisine kalıcı çözümün sağlanması ile sona erer.⁶²

⁶¹ Nuray Ekşi, “Suriyelilere Toplu Olarak Türk Vatandaşlığı Verilebilir Mi?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 89, Sayı:2, Yıl: 2015b, s. 196-202, s. 196.

⁶² UNHCR (2005), s. 7.

Bireyin yoksun kaldığı ulusal korumanın ikamesi olan uluslararası koruma, ancak mültecinin kalıcı çözüme ulaşması ile sona erer.⁶³ Mültecilerin yerinden edilme döngüsüne son vererek, normal hayatlarına devam edebilmelerini sağlayacak çözüm yolları, kalıcı çözüm (*durable solution*) olarak adlandırılmaktadır⁶⁴ Geleneksel olarak benimsenmiş üç kalıcı çözüm türü şunlardır⁶⁵:

- Gönüllü geri dönüş (*voluntary repatriation*), kişilerin kendi istekleriyle, menşe ülkelerine geri dönebilmeleri ve ulusal korumadan tekrar faydalanmalarınıdır.
- Yerel entegrasyon (*local integration*), kişilerin, hukuki, sosyal, ekonomik ve kültürel boyutlarda, buldukları ülkeye entegre olmalarını sağlayan kademeli bir süreçtir.
- Yeniden yerleştirme (*resettlement*), kişinin, üçüncü bir ülkeye yeniden yerleştirilmesidir.

Geçmişte, bu üç kalıcı çözüm türü arasında, gönüllü geri dönüş çözüm türünün öncelikli görüldüğü bir hiyerarşi söz konusuydu ve birçok sığınmacı, şartlar oluşur oluşmaz ülkelerine dönmek için istekliken, sığınmanın sağlandığı ev sahibi ülke de bu çözüm türünü desteklemekteydi.⁶⁶ Geçmişte, gönüllü geri dönüş daha fazla ön plana çıkmışken, günümüzde bu üç çözüm türünün birbirini tamamlayıcı olduğu kabul edilmektedir.⁶⁷ Bunun anlamı, devletler bu üç kalıcı çözüm

⁶³ Egli, s. 16; UNHCR (2003), s. 6.

⁶⁴ UNHCR (2005), s. 137; Çiçekli, s. 355.

⁶⁵ Öztürk (2015), s. 33-34.

⁶⁶ BMMYK küresel danışma yazısında ev sahibi ülkenin gönülsüz tutumuna gerekçe olarak, kendi nüfusunun ihtiyaçlarını karşılamakta zorlanan ev sahibi ülkenin, yoğun mülteci nüfusunun olumsuz çevresel ve ekonomik etkileri hakkında kaygıları; ev sahibi ülkenin, uluslararası camianın yeterli yük paylaşımında bulunmayacağı inancıyla, çok sayıda mülteci nüfusunu barındırmakta gönülsüzlüğü; sürgün nüfusun ev sahibi ülkenin milli güvenliğine tehdit oluşturabileceği inancı ve devletin uluslararası sınırları üzerinde nüfus hareketlerini kontrol yeteneğini kaybetme korkusu gösterilmektedir. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Global Consultations on International Protection/Third Track: Local Integration*, 25 April 2002a, EC/GC/02/6, s. 4. <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016).

⁶⁷ Üç çözüm türünün birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu söyleyen belgeler için bkz.: UNHCR (2002a), s. 5-6, <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016); UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Global Consultations on International Protection/Third Track: Strengthening and Expanding Resettlement Today: Dilemmas, Challenges and Opportunities*, 25 April 2002b, EC/GC/02/7, s. 7,

türünden yalnızca biri üzerinde odaklanmamalı, aksine her durumun özelliğine göre, o duruma en uygun olan çözüm türü izlenmelidir. İç savaşların uzun yıllar sürmesi sebebiyle ülkesine dönemeyen ve iç güvenlik endişeleri sebebiyle başka bir ülkeye de kabul edilmeyen kişilerin varlığı, gönüllü geri dönüş veya yeniden yerleştirme çözüm türlerinin uygulanmasını kimi zaman olanaksız kılmaktadır. Böyle bir durumda, menşe ülkesine geri dönemeyen mülteci için, yerel entegrasyon çözüm yolu tercih edilir.⁶⁸

BMMYK bünyesinde yerel entegrasyon çözümü 2000’li yıllardan sonra daha çok önem kazanmıştır. Özellikle 2003 yılında yayımlanan Koruma Rehberi⁶⁹ ve Kalıcı Çözümler Sistemi⁷⁰ belgeleri ile ülkeler arasında yük paylaşımı ve kalıcı çözümler üzerinde odaklanılmıştır. Koruma Rehberi, kalıcı çözümlerin sağlanması için, mültecinin kendi ihtiyaçlarını karşılayacak duruma gelmesini teşvik edici çözüm olanakları sunarken, aynı zamanda, kalıcı çözüm olarak yerel entegrasyonun önemine de vurgu yapmaktadır.⁷¹ Kalıcı Çözümler Sistemi belgesi de kalıcı çözümlerin gerçekleştirilmesine yönelik el kitabı olarak yayımlanmıştır.⁷² Bu belgede de yine mültecilerin kendi kendine yetebilmesi, hükümetler arası işbirliğinin artması, kitlesel mülteci hareketlerine daha etkili çözüm bulmak amacıyla insani yardımların artırılmasının önemine vurgu yapılmaktadır.

II. KALICI ÇÖZÜM TÜRÜ OLARAK YEREL ENTEGRASYON

A) Yerel Entegrasyon Kavramı ve Gelişimi

Mültecilere yönelik üç kalıcı çözüm türünden biri olan yerel entegrasyon, mültecinin sığındığı ülkede sürekli kalacağı ve sıkıntılı

<http://www.refworld.org/docid/3d62679e4.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016); Çiçekli, s. 357-358.

⁶⁸ Rosa da Costa, *Rights Of Refugees In The Context Of İntegration: Legal Standards And Recommendations, Legal and Protection Policy Research Series*, (Geneva: UNHCR, 2006), s. 11. <http://www.unhcr.org/44bb90882.pdf> (Erişim Tarihi: 12.02.2016).

⁶⁹ UNHCR, *Agenda For Protection* (3. Basım). UNHCR, 2003b <http://www.unhcr.org/3e637b194.html> (Erişim Tarihi: 16.02.2016).

⁷⁰ UNHCR Core Group on Durable Solutions, *Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern*, (Geneva: UNHCR, 2003a) <http://www.refworld.org/docid/4124b6a04.html> (Erişim Tarihi: 16.02.2016).

⁷¹ UNHCR (2003b), s. 73-81.

⁷² Bkz. dn. 70.

durumlarına bu ülkede çözüm sağlanacağı varsayımına dayanır. Hukuki, ekonomik ve sosyokültürel süreçten oluşan yerel entegrasyon çözümü, yerel yerleşim (*local settlement*)⁷³ ve kendi kendine yetebilme (*self reliance*)⁷⁴ kavramlarından farklıdır.⁷⁵

BMMYK belgelerinde yapılan tanıma göre yerel entegrasyon, çok yönlü ve süreklilik arz eden bir sürecin sonucudur. Entegrasyon, mültecilerin kendi kültürel kimliklerini terk etmek zorunda kalmadan, ev sahibi ülkeye uyum sağlama sürecidir ve birbiriyle bağlantılı ve kendine has ayrımları olan, yasal, ekonomik ve sosyokültürel boyuttan oluşur.⁷⁶ Bu tanımda geçen “*kendi kültürel kimliklerini terk etmek zorunda kalmadan ifadesi*”, entegrasyonun asimilasyon kavramından ayrılması bakımından önemlidir.

Bu çalışmada, mülteci sorununa kalıcı çözüm bulmaya yönelik yerel entegrasyon sürecinin yalnızca hukuki boyutu ele alınacaktır. Söz konusu hukuki sürecin tamamlanması, aynı zamanda başarılı bir entegrasyonun diğer boyutlarının gerçekleşmesi için de önkoşul niteliği taşımaktadır.

BMMYK belgelerinde yerel entegrasyonun yasal süreci, mültecilere, ev sahibi ülke tarafından aşamalı olarak, kendi vatandaşlarına orantılı şekilde geniş hak ve yetkilerin tanınması olarak tarif edilmektedir.

⁷³ UNHCR'nin *Handbook for Self-Reliance* kitabında açıklandığı üzere, *self reliance* yani kişinin kendi kendine yetebilmesi kavramı yerel entegrasyon çözüm türünden farklı bir kavramdır. Kendi kendine yetebilme, bireyin sosyal ve ekonomik olarak kendi yaşamını idame ettirebilmesidir. Kişinin yiyecek, su, barınma, kişisel güvenlik ve eğitim gibi temel ihtiyaçlarını sürekli ve insan onuruna yakışır bir şekilde karşılayabileceği koşulların oluşmasıdır. Kendi kendine yetebilirlik, kişinin yaşamını idame ettirmesini kolaylaştıracağı gibi, uzun vadede, dışarıdan sürekli yardım alma ihtiyacını da azaltır. Kendi kendine yetebilme, mültecinin üç kalıcı çözümden birine erişeceğini garanti etmez, ancak, herhangi bir kalıcı çözüme erişim sürecinde, aşamalı sürecin bir parçasını oluşturur. UNHCR, *Handbook For Self-Reliance*, (Geneva: UNHCR, 2005a), s. 1. <http://www.unhcr.org/44bf7b012.pdf> (Erişim Tarihi: 11.02.2016).

⁷⁴ Yerel yerleşim (*local settlement*) kavramı ile yerel entegrasyon kavramı kimi zaman hatalı bir şekilde birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bu iki kavram çoğu zaman birbirinin yerine kullanılsa da, birbirinden farklı iki kavramdır. Yerel yerleşim, yerel entegrasyon ve kendi kendine yetebilme arasında bir anlama sahiptir. UNHCR (2002a), s. 4. <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 11.02.2016).

⁷⁵ Çiçekli, s. 358.

⁷⁶ UNHCR (2002a), s. 2, <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016); Yücel Acer, İbrahim Kaya ve Mahir Gümüş, *Türkiye'nin İltica Stratejisi*, (Ankara: USAK Yayınları, 2010), s. 17-18.

Serbest dolaşım ve seyahat özgürlüğü, eğitim ve öğretim hakkı, iş piyasasına erişim, sağlık hizmetlerini de kapsayan sosyal yardım hakkı, mülkiyet hakkı, geçerli seyahat ve kimlik belgeleri ile seyahat etme imkânı ve aile birliğinin sağlanması, yerel entegrasyon sürecinin hukuki boyutunun tamamlanması için tanınması gerekli haklar olarak sayılmaktadır.⁷⁷ Bu süreç çoğu zaman, daimi ikamet hakkına erişim ve devamında vatandaşlığın kazanılmasını ile sonuçlanmaktadır.

B) Entegrasyonu Sağlamada Bazı Temel Haklar ve Yasal Düzenlemeler

1. Entegrasyon Hakkı

Konu ile ilgili temel düzenleme 1951 Sözleşmesi 34. maddede ve BMMYK Statüsü ikinci paragrafta yer almaktadır. Sözleşmenin 34. maddesine göre, “*Âkit Devletler, mültecileri imtisal eyleme (özümleme) ve vatandaşlığa almayı her türlü imkân nispetinde kolaylaştırırlar. Vatandaşlığa alma muamelelerini çabuklaştırmaya ve bu muamelenin masraf ve resimlerini her türlü imkân nispetinde azaltmaya bilhassa gayret ederler.*”⁷⁸

Sözleşmenin orijinal halinde, 34. maddede mültecilerin sığındıkları ülkede “*asimilasyon*”u (*assimilation*) ifadesi kullanılmıştır. Başlangıçta tartışmalara yol açan bu ifadenin mültecinin asimilasyonu veya üzerinde baskı uygulanması anlamında kullanılmadığı, aksine, ülkenin sosyal, ekonomik ve kültürel hayatına entegre olması şeklinde anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde fikir birliği sağlanmıştır.⁷⁹ Uluslararası camia da, söz konusu ifadenin, mültecinin, ev sahibi ülkenin milletinden ayırt edilemez olacak şekilde kendi kültür ve yaşam tarzını terk edeceği beklenmesi fikrini çoktan reddetmiştir.⁸⁰ Bu sebeple asimilasyon terimi yerine daha çok entegrasyon terimi tercih edilmektedir.

34. maddenin devletlere biri genel, diğeri de özel iki yükümlülük getirdiği kabul edilmektedir; genel yükümlülük olarak devletlerden

⁷⁷Hathaway, s. 978; UNHCR (2002a), s. 2, <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016).

⁷⁸RG. 5.09.1961-10898.

⁷⁹Nehemiah Robinson, *Convention Relating To The Status Of Refugees: Its History, Contents And Interpretation*, (Geneva: UNHCR, 1997), s. 64. <http://www.unhcr.org/3d4ab67f4.pdf> (Erişim Tarihi: 17.02.2016); UNHCR (2002a), s. 2, dipnot 3. <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 17.02.2016).

⁸⁰UNHCR (2002a), s. 2, dipnot 3. <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 17.02.2016).

beklenen, mültecilerin ev sahibi topluma özümsemeleri ve vatandaşlığa alınma imkânının sağlanması iken, daha özel olarak, vatandaşlığa alınma işlemlerini hızlandırılması ve bu sürecin masraflarını en aza indirecek her türlü çabanın gösterilmesidir.⁸¹

Mülteciler, diğer yabancıların aksine, dönebilecekleri menşe ülkeye sahip değildir; dolayısıyla sığındıkları ülkeden başka güvenecekleri bir yetkili de yoktur. Bu sebeple, ev sahibi ülke, bu kişilerin ülkeye entegrasyonu ve haklarının tanınması için çaba göstermelidir.⁸² 34. madde de bu bağlamda, mültecilerin özel durumları sebebiyle, kendilerine hakların tanınması ve diğer yabancılar için alınan önlemlerin ötesinde ve kendi vatandaşlarına veya kalıcı ikamet sahibi olanlara tanıdığı hakların tanınması konusunda taraf devletleri yükümlü kılmaktadır.⁸³

1951 Sözleşmesinin yanında, BMMYK Tüzüğü de, Komiserliğin görevlerinden birisinin, statüsü tanınmış mültecilerin entegrasyonunda gerek devletlere gerekse özel organizasyonlara yardım ederek mülteci korumasının sağlanması olduğunu söylemektedir.⁸⁴ Statü özellikle, vatandaşlığın kazanılmasının kolaylaştırılarak entegrasyonun artırılması için ülkelere çağrıda bulunmaktadır.⁸⁵

Bölgesel düzenlemelere bakıldığında, Avrupa Birliği Bakanlar Konseyinin 2004 yılında çıkarttığı ve Birliğin Üye Devletlerini bağlayan Yönergesi (Avrupa Konsey Yönergesi) de entegrasyon hakkı kavramına açıkça vurgu yapan belge olarak gösterilebilir. Yönergenin 33. maddesine göre:

“1. Mültecilerin topluma entegrasyonunu kolaylaştırmak amacıyla Üye Devletler uygun gördükleri entegrasyon programlarını sağlayacaklar ya da bu programlardan yararlanmayı temin eden ön koşulları oluşturacaklardır.

⁸¹ Robinson, s. 64. <http://www.unhcr.org/3d4ab67f4.pdf> (Erişim Tarihi: 17.02.2016); Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Division of International Protection*, (Geneva: UNHCR, 1997), s. 144-148.

⁸² Costa, s. 25.

⁸³ Costa, s. 25.

⁸⁴ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950, s. 4. <http://www.unhcr.org/3b66c39e1.html> (Erişim Tarihi: 19.02.2016); Odman (1995), s. 32; Özkan, s. 133; Çiçekli, s. 356; Acer, Kaya ve Gümüş, s. 31.

⁸⁵ Statute, s. 4. <http://www.unhcr.org/3b66c39e1.html> (Erişim Tarihi: 19.02.2016); Acer, Kaya ve Gümüş, s. 49.

2. Üye Devletlerin uygun buldukları durumlarda, ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilerin entegrasyon programlarından yararlanmalarına olanak tanınacaktır.”⁸⁶

Madde, üye devletlere, mültecilerin topluma entegrasyonunun kolaylaştırılmasını söylemekte ancak bu bağlamda neler yapılabileceği konusunda, devletlere “uygun görecekları entegrasyon programını sağlayacaklardır” diyerek bu hususu açık bırakmaktadır. Ancak gerek Yönergenin giriş kısmında üçüncü cümlede Cenevre Sözleşmesi ve Protokolünün mülteci hukukunda esası oluşturduğunu kabul etmesi, gerekse sekizinci cümlede daha elverişli hükümlerin konması konusunda üye devletlerin yetkili kılınması, gerekse 20. maddesi ilk cümlesinde, Cenevre Sözleşmesinde tanınan hakların saklı tutulması, bu açıklığın mülteci lehine giderileceğini ortaya koymaktadır.⁸⁷

1951 Sözleşmesinde tanınan haklar, hem *Cartagena Deklarasyonu* hem de Afrika Birliği Örgütü (ABÖ) Sözleşmesinde desteklenmektedir. ABÖ Sözleşmesi önsöz dokuzuncu paragrafta, 1951 Sözleşmesi ve Protokolünün mültecilerin statüsüne ilişkin temel ve evrensel belgeyi oluşturduğu yazmaktadır.⁸⁸ *Cartagena Deklarasyonu* 6. maddede, “mültecilere sağlanan güvenliğin artırılmasını, insan haklarının güvence altına alınmasını ve kendi kendine yeterliliklerinin artırılması ve ev sahibi toplumla entegrasyonlarını hedefleyen projelerin uygulanmasını göz önüne almayı” nihai karar olarak benimsemektedir.⁸⁹ Bu ifade ile hem entegrasyona hem de mültecilerin kendi kendilerine yetebilmesine (*self reliance*) vurgu yapmaktadır. Yine 11. maddede “Çok sayıda mülteci bulunan bölgedeki ülkelerde, uluslararası topluluk tarafından BMMYK

⁸⁶ BMMYK Türkiye ve Türk İçişleri Bakanlığı, *İltica ve Göç Mevzuatı*, (Ankara: Başkent Matbaası 2005), s. 224. http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2016). Maddenin orijinal metnine <http://www.unhcr.org/43661eee2.pdf> adresinden ulaşılabilir. Bu maddenin devamında BMMYK'nın maddeye ilişkin yorumu da yer almaktadır.

⁸⁷ *İltica ve Göç Mevzuatı*, s. 209- 220. http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2016).

⁸⁸ Organization of African Unity (OAU), *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa* ("OAU Convention"), 10 September 1969, 1001 U.N.T.S. 45 <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html> (Erişim Tarihi: 19.02.2016).

⁸⁹1984 Cartagena Mülteciler Bildirisi, <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/MULTECI%20MEV/1984%20CARTAGENA%20M%C3%9CLTEC%C4%B0LER%20B%C4%B0LD%C4%B0R%C4%B0S%C4%B0.pdf> (Erişim Tarihi: 19.02.2016).

*vasıtasıyla sunulan kaynakları istihdam yaratılmasına ya da oluşturulmasına ayırarak, bu kişileri ülkenin üretici yaşamına entegre etmek ve böylece mültecilerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından yararlanmaları konusunda gereken çalışmayı yapmak*⁹⁰ benimsenen nihai kararlar arasında sayılmaktadır.

2. Yasal İkamet ve Barınma Hakkı

Yasal ikamet hakkı konusunda ne uluslararası ne de bölgesel hukuki metinlerde açık bir düzenleme yoktur. Bu durumun tek istisnası, Avrupa Konsey Yönergesidir. Yönergenin 24. maddesine göre, statüsü tanınan mülteci ve aile üyelerine, ulusal güvenlik ve kamu düzeni aksini gerektirmediği müddetçe, en az üç yıl geçerli ve yenilenebilir ikamet izni verilir.⁹¹ Yine 2003/109/AT Direktifine göre, ilgililer, gerekli belgeleri göstererek ve üye ülkede beş yıl hukuka uygun ve devamlı ikamet ettiklerini ispat ederek, uzun süreli ikamet iznini elde edebilirler.⁹² 11 Nisan 2011 tarihinde, söz konusu Direktifte değişiklik yapılarak, ikincil korumadan yararlananlar ile mülteciler, beş yıldan fazla bir süredir yasal olarak AB’de yaşayan diğer üçüncü dünya ülkeleri vatandaşları ile benzer şartlarda uzun dönem ikamet izni verilen kişi statüsü alacakları düzenlenmiştir.⁹³ Uzun dönem ikamet statüsü verilen ve uluslararası korumadan yararlananlar uzun dönem ikamet statüsü bulunan diğer bütün üçüncü dünya ülkesi vatandaşları gibi, AB içerisinde serbest dolaşım hakkı ve özellikle de başka bir AB ülkesinde ikamet edebilme hakkını, ikamet ettikleri AB ülkesi vatandaşları ile belirli şartlar altında, eğitim, işgücü piyasasına erişim ve sosyal sigorta hakları gibi çok çeşitli

⁹⁰1984 Cartagena Mülteciler Bildirisi, <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/MULTECI%20MEV/1984%20CARTAGENA%20M%C3%9CLTEC%C4%B0LER%20B%C4%B0LD%C4%B0R%C4%B0S%C4%B0.pdf> (Erişim Tarihi: 19.02.2016).

⁹¹ İltica ve Göç Mevzuatı, s. 221. http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2016).

⁹² Özkan, s. 214.

⁹³ “Delegation of the European Union to Turkey” sitesinde yer alan habere göre, uzun dönem ikamet izni verilenlere ilişkin AB direktifi uluslararası korumadan yararlananlar ile mültecileri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. <http://www.avrupa.info.tr/tr/bilgi-kaynaklari/haber-arsivi/news-single-view/article/uzun-doenem-ikamet-izni-verilenlere-iliskin-ab-direktifi-uluslararasi-korumadan-yararlananlar-ile.html> (Erişim Tarihi: 20.02.2016). Söz konusu hükümler İngiltere, Danimarka ve İrlanda’da geçerli değildir.

ekonomik ve sosyal konularda eşit muamele görme hakkına sahip olacaktır.⁹⁴

İkamet izni, birçok ülke hukukunda, başka hakların tanınabilmesi için varlığı gerekli şartlardan biri olduğundan, entegrasyon sürecinde ayrı bir öneme sahiptir. Hatta çoğu ülkede, kişilerin vatandaşlığından ziyade ikamet iznine sahip olup olmadığı önem taşımaktadır.⁹⁵ Dolayısıyla mülteciye ikamet izninin verilmesi, entegrasyon sürecinde diğer hakların verilmesini de kolaylaştırır. Bunun yanında, 1951 Sözleşmesi 34. maddede devletlerin yükümlülüklerinden birisi de, mültecilerin vatandaşlığa alınma sürecini kolaylaştırmaktır ve mülteciye verilmiş ikamet izni, vatandaşlığa alınma sürecinde kolaylık sağlamaktadır.

Barınma hakkı, 1951 Sözleşmesinde 21. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, Taraf Devletler, konut edinme bakımından, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, aynı şartlar altındaki yabancılara uygulananadan daha az olmayacak biçimde, mümkün olduğu kadar müsait bir muamele sağlayacaklardır.⁹⁶

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 25. maddesinde herkesin barınma hakkının olduğu düzenlenmektedir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Hakkında Sözleşmenin 11. maddesinde, Sözleşmeye taraf devletlerin, herkesin konut hakkını tanıdığı düzenlenmektedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin barınma hakkı adlı yorum belgesinde, bu hakkın dar ve sınırlandırıcı yorumlanmaması

⁹⁴ <http://www.avrupa.info.tr/tr/bilgi-kaynaklari/haber-arsivi/news-single-view/article/uzun-doenem-ikamet-izni-verilenlere-iliskin-ab-direktifi-uluslararası-korumadan-yararlananlar-ile.html> (Erişim Tarihi: 20.02.2016).

⁹⁵ Costa, s. 42.

⁹⁶ 1951 Sözleşmesinin 6. maddesine göre, “*“aynı şartlarla” kavramı, belli bir kimsenin, söz konusu bir haktan yararlanabilmesi için, özellikleri açısından bir mültecinin yerine getiremeyecekleri dışında, mülteci olmasaydı belli bir hakkı kullanmak için yerine getirmesi gereken bütün şartları (geçici yahut daimi ikamet süresine ve şartlarına ait olanlar dâhil), kendisinin yerine getirmesi anlamını ima eder.*” Bu durumda da yine mülteci, mülteci olması sebebiyle gerçekleştiremeyeceği şartları sağlaması beklenemez. Burada aynı şartlardaki yabancılar ifadesinden anlaşılması gereken 1951 Sözleşmesi madde 6nın ışığında, belli bir kimsenin, söz konusu bir haktan yararlanabilmesi için, özellikleri açısından bir mültecinin yerine getiremeyecekleri dışında, mülteci olmasaydı belli bir hakkı kullanmak için yerine getirmesi gereken bütün şartları (geçici yahut daimi ikamet süresine ve şartlarına ait olanlar dâhil) kendisinin yerine getirmesidir. Konu ile ilgili değerlendirmeler için bkz.: Altınışık ve Yıldırım, s. 32; Özkan, s. 299-304.

gerektiği, haktan anlaşılması gerekenin yalnızca kişinin başını sokacağı bir ev değil aynı zamanda güvenlik, barış ve onurlu bir yerde yaşama hakkı olarak algılanması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁹⁷

Uluslararası hukuk, kadın ve çocukların barınması ile ilgili özel düzenlemelere gitmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların 11. maddesinde olduğu gibi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW) 14. maddesinde, özellikle konut, sağlık, elektrik ve su temini, ulaştırma ve haberleşme konularında yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarını sağlamakla taraf devletleri yükümlü kılmaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 27. maddesinde, taraf devletlerin, gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları uygulayacağını düzenlemektedir.⁹⁸ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşmesi 5. maddesinde, âkit devletlerin, özellikle konut hakkının (5/e-iii) kullanımında hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı taahhüt etmektedir.

Göçmen İşçilere İlişkin 97 Sayılı Uluslararası Çalışma Teşkilatı Sözleşmesi (97 sayılı ILO Sözleşmesi) 6. maddesinde, Sözleşmenin yürürlükte bulunduğu her ülke için bu hükümler milliyet, ırk, din ya da cinsiyet ayırımı yapmaksızın, kendi vatandaşlarına uyguladıklarından daha aşağı olmayan bir muamelede bulunma yükümlülüğü getirmektedir ve barınma yerine ilişkin, yasal işlemler taraf devletlerce yapılır.⁹⁹

Bölgesel düzeyde, konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun birçok kararı vardır ve genellikle hâkim olan görüş, devletlerin vatandaşlarına konut sağlamakta yasal bir

⁹⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 4, The right to adequate housing (Sixth session, 1991), U.N. Doc. E/1992/23, annex III at 114 (1991), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 18 (2003). Paragraf 7, <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm4.htm> .

⁹⁸ Tefik Odman, *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler*, (Ankara: Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2008), s. 150.

⁹⁹ International Labour Organization, C097 - Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No. 97), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LAN,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,en,C097,%2FDocument (Erişim Tarihi: 20.02.2016). Türkiye bu Sözleşmeye taraf değildir.

zorunluluklarının olmadığı ancak yine de otoritelerin, kişinin yaşam koşullarını katlanılamaz şekilde dayatmaması gerektiğine de vurgu yapmaktadır.¹⁰⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü ilk maddesinde her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Sözleşmenin 8. maddesinde de, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Avrupa Birliğinde, Avrupa Konsey Yönergesi 31. maddesinde, üye devletlerin, mülteci ya da ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilerin topraklarında yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşları ile eşit koşullar altında barınma olanaklarından yararlanmasını temin edecekleri düzenlenmiştir.

Amerika kıtasında bölgesel bir düzenleme olan San Salvador Protokolünde barınma konusuna ilişkin özel bir düzenleme söz konusu değildir.

3. Çalışma Hakkı

1951 Sözleşmesinin 17, 18 ve 19. maddeleri, mültecilerin çalışma hakkını düzenlemiştir. Bu maddeler, mültecilerin çalışma hakkını ücretli işte çalışanlar, kendi işinde çalışanlar ve uzmanlık alanında çalışanlar için, yabancı kişilerle aynı düzeyde güvence altına almıştır ve yabancılar için getirilen kısıtlamalar, mülteciler için de uygulanabilir.¹⁰¹

17. maddenin ilk fıkrasına göre taraf devletler, aynı şartlar içinde yabancı bir memleketin vatandaşına uyguladıkları en müsait muameleyi uygulamakla yükümlüdürler.

Maddede geçen “aynı şartlar içinde” ifadesi, Sözleşmenin altıncı maddesindeki açıklama ışığında, çalışma izninin elde edilebilmesi için diğer yabancıların sağlaması gereken, ikamet izni ve benzeri şartları sağlamasını gerektirir.¹⁰² Bu durumda da yine mülteci, mülteci olması sebebiyle gerçekleştirilemeyeceği şartları sağlaması beklenemez.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, şu üç koşuldan birine sahip olan mülteciye ulusal işgücü piyasasını korumak amacıyla tedbir

¹⁰⁰ Costa, s. 70.

¹⁰¹ Altınışık ve Yıldırım, s. 127; Costa, s. 49.

¹⁰² Bkz. dn. 95.

uygulanmayacaktır: Ülkede üç yıl ikamet etmiş olmak¹⁰³; ikamet ettiği ülkenin vatandaşı olan bir kimse ile evli bulunmak (eşini terk etmiş olan bir mülteci bu hükümden istifadeyi iddia edemeyebilir)¹⁰⁴ ve ikamet ettiği ülkenin vatandaşlığını taşıyan bir veya daha fazla çocuğu olmak.¹⁰⁵ Bu koşullardan birini sağlayan mülteci için, ulusal işgücü piyasasını korumak amacıyla, yabancı kişiye uygulanabilecek kısıtlayıcı tedbirler uygulanmayacaktır. Ancak kısıtlayıcı tedbirler, işgücü piyasasını korumak için değil de, memurluk mesleğinin sadece vatandaşlara mahsus olması gibi milli güvenlik endişesi sebebiyle getiriliyorsa, mülteci bu koşulları sağlasa da muafiyetten yararlanamayacaktır.¹⁰⁶

Kendi işinde çalışmayı düzenleyen 18. madde, “*Taraf devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere tarım, sanayi, küçük sanatlar ile ticaret sahalarına kendi iş yerlerini açmak ve sanayi, ticari şirketler kurmak hakları ile ilgili olarak, mümkün olduğu kadar lehte ve her halde genel olarak aynı şartlardaki yabancılara uyguladıklarından daha az lehte olmayan muameleyi uygulayacaklardır.*”

Sözleşmenin 19. maddesinde de, “*Her taraf devlet, ülkesinde yasal olarak ikamet eden ve bu devletin yetkili makamlarınca tanınan diplomalara sahip olup, bir ihtisas mesleğini icra etmek isteyen mültecilere, mümkün olduğu kadar lehte ve her halde aynı şartlar içindeki tüm yabancılara sağlanandan daha az lehte olmayan şekilde muamele uygulayacaktır.*”

Taraf devletler, bu gibi mültecilerin, anavatanları dışında, uluslararası ilişkilerini yürüttükleri ülkelere yerleşmelerini temin için, kanunlarına ve anayasalarına göre ellerinden gelen çabayı göstereceklerdir.”

¹⁰³ Buradaki üç yıllık sürenin, kişinin mülteci olarak geçirip geçirmemesinin, yasal veya yasal olmayan şekilde bulunmasının önemli olmadığı ve fıkranın olabildiğince özgürlükçü yorumlanması yönünde açıklamalar için bkz.: Grahl-Madsen, 43.

¹⁰⁴ Buradaki evli bulunmak ifadesinin de eşler ayrı yaşıyor olsa bile veya gerçek ve yasal bir boşanmaya rağmen maddi desteğin devam etmesi gibi durumların varlığı halinde bu fıkranın uygulanabileceği yönünde açıklamalar için bkz.: Grahl-Madsen, 44.

¹⁰⁵ Bu fıkrada da çocuğun aile birliği içinde veya dışında doğmasının önemli olmadığı, çocuğun geçimini sağlayacak mülteci ebeveynin iş sahibi olmasında o ülkenin kamu yararının olduğu yönünde açıklamalar için bkz.: Grahl-Madsen, 44.

¹⁰⁶ Costa, 50.

Hem 18 hem de 19. madde, mültecilerin kendi işinde çalışmak veya bir ihtisas mesleği icra etmekte oldukları ülkede “*mümkün olan en lehte muamele*ye” tabi tutulmalarını düzenlemektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 23. maddesinin ilk fıkrasında, “*Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli çalışma koşullarına sahip olma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır*” hükmüne yer vermiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Hakkında Sözleşmesi 6. maddesinde, Sözleşmeye taraf devletlerin, “*herkesin özgürce seçeceği ve kabul edeceği bir işle yaşamını kazanma fırsatına sahip olma hakkını içerecek şekilde çalışma hakkını tanıdığını ve bu hakkı güvence altına almak için uygun adımları atacağını*” hüküm altına almıştır.

CEDAW 11. ve 14. maddesi ile Her Türlü Irk Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme 5. maddesinde çalışma hayatında ayrımcılığa karşı koruma sağlamaktadır. Söz konusu uluslararası belgeler, çalışma hakkını herkese tanıdığı için, mültecilere de 1951 Sözleşmesinin sağladığından daha yüksek standartta hak tanımaktadır.¹⁰⁷

Avrupa Birliği Konsey Yönergesinin 26. maddesi ilk fıkrasında, üye devletlerin, kişiye mülteci statüsü verildikten hemen sonra mesleğe ve kamu hizmetine genel olarak uygulanan kurallara tabi olarak istihdam ya da serbest meslek faaliyetlerine girişebilmelerine izin verecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca üye devletler, mültecilerin istihdamla ilgili eğitim fırsatları, mesleki eğitim ve pratik işyeri deneyimi gibi etkinliklerinde kendi vatandaşlarıyla eşit koşullar sunacaklardır.¹⁰⁸

Avrupa Birliği bağlamında mülteciler, Yönergeden bağımsız olarak, işçilerin serbest hareketi ve ırka dayalı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler kapsamında değildir. 2003 yılında kabul edilen uzun dönemli ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının durumu hakkında Konsey Yönergesinin 3. maddesinde, mülteci olan veya mülteci olarak kabul edilmek için başvurmuş olup başvurusu henüz kesin karar aşamasına gelmemiş olan kişilerin Yönerge kapsamında olmadığını düzenlemektedir.¹⁰⁹ Bu sebeple üye devletteki bir mülteci, Avrupa Birliği

¹⁰⁷ Costa, s. 51.

¹⁰⁸ İltica ve Göç Mevzuatı, s. 222. http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf (Erişim Tarihi: 20.02.2016).

¹⁰⁹ İltica ve Göç Mevzuatı, s. 182. http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf (Erişim Tarihi: 20.02.2016).

içerisinde, işçilerin serbest dolaşımı ve başka üye devlette istihdamının sağlanmasında Yönergenin kapsamından yararlanamayacaktır.

Amerika kıtasında, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 26. maddesinde¹¹⁰ ekonomik, sosyal ve kültürel haklar düzenlenmektedir ve bu madde taraf devletlere ekonomik alanda mevzuat çıkartılmasını, aşamalı olarak gelişmelerinin sağlanmasını ve önlemler alınmasını görev olarak söylemektedir. Bu Sözleşmeye ek Protokol olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol (San Salvador Protokolü)¹¹¹ 6. maddesinde çalışma hakkı ayrıntılı olarak, 3. maddede de ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.

4. Eğitim Hakkı

1951 Sözleşmesi 22. maddesinde, taraf devletlerin, temel eğitim konusunda vatandaşlara uyguladıkları muamelenin aynısını mültecilere de uygulayacakları düzenlenmiştir. Bu madde, özel eğitimin dışında, kamu tarafından finanse edilen eğitim olması sebebiyle önem taşır.¹¹² Bu maddenin taraf devletlerce uygulanabilmesi için, mültecinin, ülkede yasal ikametinin bulunmasına gerek yoktur ve bu sebeple sığınmacılar da bu maddeden faydalanacaklardır.¹¹³ Madde, çocukların ilköğretimlerinde, taraf devlet vatandaşlarıyla eşit muamele görmesini amaçlamaktadır.¹¹⁴

Temel eğitim dışındaki eğitim ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre taraf devletler, yabancı ülkelere alınmış eğitim sertifikalarının, üniversite diplomalarının ve derecelerinin tanınması konusunda, aynı şartlar altındaki¹¹⁵ yabancılara sağlanan imkânlardan daha az müsait olmayan şekilde muamele edeceklerdir. Burada temel ve yükseköğrenimin tanımı, imzacı devletlerin kendi hukuk

¹¹⁰22 Kasım 1969'da kabul edilen Belge 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye ek 2 protokol söz konusu olup, bunlardan ilki ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlüklere ilişkin San Salvador Protokolü; diğeri ise ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin Paraguay protokolüdür. Volkan Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3 Sayı:2 Yıl 2012, s. 268.

¹¹¹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol (San Salvador Protokolü) 17 Kasım 1988'de kabul edilmiş ve 16 Kasım 1999'da yürürlüğe girmiştir. Aslan, s. 269.

¹¹² Robinson, s. 42; Özkan, s. 331.

¹¹³ Costa, s. 80.

¹¹⁴ Özkan, s. 331.

¹¹⁵ Bkz.: dn. 95.

düzenlemelerine bağlıdır.¹¹⁶ Sözleşmenin 22. maddesine göre, eğitim sertifikalarının, üniversite diplomalarının ve derecelerinin tanınmasında, harç ve resimlerden muafiyet ayrıca düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 29. madde genel olarak, taraf devletlerin, mültecilere, her ne isimle olursa olsun, benzer koşullarda vatandaşlarına uyguladıklarından veya uygulayabileceklerinden farklı ya da daha yüksek resim, harç ve vergi uygulamayacaklarını düzenlemiştir.

Eğitim hakkının diğer uluslararası veya bölgesel belgelerde düzenlenişine bakıldığında, 1951 Sözleşmesinden daha kapsamlı hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Bu sözleşmelerin birçoğu eğitim hakkını sadece mülteciler için değil tüm çocuklar için güvence altına almaktadır. Ayrıca birçoğunun bünyesinde denetim mekanizmasının bulunması, hakların uygulanmasının takibini de sağlamaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 26. maddede, herkesin eğitim hakkına sahip olduğu, eğitimin en azından ilk ve temel aşamada ücretsiz ve ilköğretimin zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 13. maddesine göre, Sözleşmeye taraf devletler, herkesin eğitim görme hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Sözleşmenin ikinci fıkrasına göre, taraf devletler, ilköğretimin herkes için zorunlu ve parasız olacağını kabul etmişlerdir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 26. maddesinde de, herkesin yasalar önünde eşit olduğunu ve devletlerin her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecekleri düzenlenmiştir.

Diğer uluslararası sözleşmeler arasında 143 No'lu ILO Sözleşmesinin 12. maddesinin f bendindeki, üye devletler kendi ülkesinin şartlarına uygun olarak göçmen işçi çocuklarına, ana dilbilgisi ve ülkeleri ile bağlarını korumak için tedbirler alınmasını düzenlemesi yer almaktadır. CEDAW'ın 10. maddesinde, taraf devletler eğitim alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmalarını sağlamak için kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbiri ve kadınlarla özellikle erkeklerin eşitliğine dayanan tedbirleri alacağını söylemekte ve devamında tedbirler konusunda örnekler vermektedir. Sözleşmenin 14. maddesi, kırsalda yaşayan kadının teknik bilgisinin

¹¹⁶ Robinson, s. 43.

artırılması için okuma yazma imkânlarının taraf devletlerce sağlanmasını düzenlemektedir.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin 5. maddesinde, taraf devletlerin, eğitim hakkından yararlanmada herkesin kanun önünde eşitlik hakkını garanti altına almak yükümlülüğünü üstleneceğini düzenlemektedir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol (San Salvador Protokolü) 13. maddesi de herkesin eğitim hakkına sahip olduğunu düzenlemekte ve devamında da, eğitim hakkının tam gerçekleşmesi için devletlere belli görevler yüklemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü 2. maddesinde de eğitim hakkı düzenlenmiştir. Maddeye göre hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.

Avrupa Birliğinde, Avrupa Konsey Yönergesi 27. maddesinde, üye devletlerin, mülteci ya da ikincil koruma statüsü verilen tüm küçüklere, eğitim sisteminden vatandaşlarıyla aynı koşullar altında yararlanabilmesine olanak tanıyacakları düzenlenmiştir. Üye devletler, yabancı diplomaların, sertifikaların ve diğer resmi vasıf belgelerinin mevcut tanınma usulü bağlamında, mülteci ya da ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilere kendi vatandaşları ile eşit muamele gösterilmesini temin edeceklerdir.

5. Vatandaşlığın Kazanılması

Vatandaşlığın verilmesi, her devletin kendi münhasır yetkisi kapsamındadır.¹¹⁷ Ancak, konu mülteciler olduğunda, mülteci statüsünün sona ermesi ve ev sahibi ülkede entegrasyonun tam anlamıyla sağlanabilmesi için, uzun dönemde en tercih edilen statü kişiye vatandaşlığın verilmesidir.¹¹⁸ Her ne kadar mülteci statüsü kişiye belli bazı haklar sunsa da, etkili vatandaşlığın yokluğu, kişinin savunmasız olmasını devam ettirir. Çünkü bu süreçte mülteci geri gönderilmeme ve sığınma ülkesinde kalma hakkına sahip olsa bile, ne ülkesine dönebilmekte, ne de bulunduğu ülkede vatandaşlığın bahsettiği kapsamlı devlet korumasından yararlanmaktadır.¹¹⁹

¹¹⁷ Odman (1995), s. 176; Pazarıcı, s. 60.

¹¹⁸ Çiçekli, s. 379-380.

¹¹⁹ Costa, s.183.

Vatandaşlığın kazanılması, hukuki açıdan, yeni bir toplum içine entegrasyon sürecinin tamamlanmasını ifade eder, söz konusu devletin yasal ve diplomatik koruma hakkı ile etkili bir vatandaşlık edinimini temsil eder. Her ne kadar 1951 Sözleşmesi 34. madde vatandaşlıkla sonuçlanacak bir yükümlülük içermiyor olsa da, hükmün ilk bölümü, vatandaşlığa ve entegrasyon (asimilasyon) sürecini kolaylaştırmak için gereken ihtiyaca vurgu yapar.¹²⁰

Konuyla ilgili olarak, 1951 Sözleşmesinin 29. maddesini de tekrar düşünmek gerekir. 29. maddeye göre, taraf devletler, mültecilere, her ne isimle olursa olsun, benzer koşullarda vatandaşlara uyguladıklarından veya uygulayabileceklerinden farklı ya da daha yüksek resim, harç ve vergi uygulamayacaklardır. Dolayısıyla, vatandaşlığa alınma işlemlerinde, maliyet asgari düzeyde tutulmalı ve vatandaşlığa alınma prosedürleri hızlandırılmalıdır. Ayrıca, devletler, vatandaşlığa alınmanın kolaylaştırılması için diğer adımların da atılması yönünde teşvik edilmektedir. Vatandaşlığa alınmanın kolaylaştırılması için çeşitli önlemler alınabilir, gereken ikamet süresinin asgari düzeyde tutulması, eski vatandaşlığın terk edildiğine dair kanıt beklenmemesi gibi kolaylıklar sağlanabilir.¹²¹ Vatandaşlığı kazanmanın mümkün olduğunca kolaylaştırma süreci, yetkili makamların vatandaşlıkla ilgili kararlarında iyi niyetli davranma yükümlülüğü de gerektirir.¹²²

Uluslararası belgelerde vatandaşlığın kazanılması ile ilgili doğrudan düzenlemeler yer almasa da, vatandaşlığın kazanılması ile ilgili birçok hakkın yer aldığı sözleşmeler vardır. Çocuklar için, 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi bunlara örnektir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 7. maddesi, tüm çocukların vatandaşlık edinme hakkına; Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 24. maddede de çocukların vatandaşlık hakkına vurgu yapmaktadır.¹²³ CEDAW 9. maddede tabiiyetin kazanılmasında, değiştirilmesinde veya muhafazasında kadınlara erkekler ile eşit haklar tanımakta ve özellikle bir yabancıyla evlenmenin veya evlilik sırasında kocanın tabiiyetini değiştirmesinin, kadının da otomatik olarak tabiiyet değiştirmesine tabiiyetsiz kalmasına veya kocanın tabiiyetini zorla

¹²⁰ Robinson, s. 64; Özkan, s. 395.

¹²¹ Costa, s. 184.

¹²² Grahl-Madsen, s. 147.

¹²³ Odman (2008), s. 179.

almasına yol açmamasını düzenlemektedir. Yine maddenin ikinci fıkrasında, taraf Devletler, çocukların tabiiyeti konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar sağlayacakları konusunda düzenleme getirmektedir.

1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 32. maddesinde, “*Sözleşmecî Devletler, Vatansız kişileri özümlemeyi ve vatandaşlığa almayı mümkün olduğu ölçüde kolaylaştırırlar. Özellikle vatandaşlığa alma işlemlerini çabuklaştırmak ve bu işlemlerin masraf ve resimlerini mümkün olduğu ölçüde azaltmak için her türlü çabayı sarf ederler.*” şeklinde düzenleme vardır. Bu haliyle madde, 1951 Sözleşmesinin 34. ve 29. maddesi ile paralel şekilde düzenlenmiştir.¹²⁴ 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme 1. ve 4. maddelerinde, aksi takdirde vatansız kalacak bir kişiye sözleşmecî devletlerin vatandaşlık vermelerini öngören halleri düzenler. Sözleşmenin 5. ve 8. maddeleri ise, kişinin vatansız olmasını önlemek için âkit devletlerin yerine getirmesi gereken somut yükümlülükleri düzenlemektedir.¹²⁵ Bu düzenleme, mültecilerin vatansızlığa karşı korunması bakımından önemlidir.

Avrupa Birliği kapsamındaki vatandaşlığa dair düzenlemelere bakıldığında, Birlik içinde birçok tavsiye ve çözüm kararları benimsenmiştir. Genellikle odaklanılan nokta, vatandaşlığın kazanılmasının kolaylaştırılması için, yasal gerekliliklerin olabildiğince özgürlükçü yorumlanması gerekir. Gerekli ikamet süresinin kısaltılması, süreçte masraf ve geçen zamanın asgari tutulması, mevcut vatandaşlığın kaybına dair ısrarcı olunmaması buna örnek olarak gösterilebilir.¹²⁶

1984'te yayımlanan AB Tavsiye Kararında, vatandaşlığın kazanılmasının, entegrasyon için hayati öneme sahip olduğuna ve vatandaşlığın kazanılması sürecinde kolaylaştırıcı önlemler alınması gerektiğine, bu kolaylaştırıcı önlemlerin ayrımcılık sayılmayacağı çünkü diğer kişilerden farklı olarak mültecilerin ülkelerinden veya diplomatik yollarla koruma ve destekten yoksun olduklarına vurgu yapılmaktadır.¹²⁷

¹²⁴ Odman (2011), s. 41.

¹²⁵ Odman (2011), s. 44.

¹²⁶ Costa, s. 185 (Bkz. Recommendation 654 (1969) on The Acquisition by Refugees of the Nationality of Their Country of Residence, European Consultative Assembly (September 30, 1969).

¹²⁷ Costa, s. 185 (Recommendation 984 (1984) on the Acquisition by Refugees of the Nationality of the Receiving State, European Consultative Assembly (May 11, 1984).

1997’de kabul edilen Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin 6. maddesi üçüncü fıkrasında, her taraf devletin, kendi iç hukukunda ve topraklarında, hukuken ve mutaden ikamet eden kişilerin vatandaşlığa alınmasını kolaylaştıracağı; vatandaşlığa alma koşullarını belirlerken, başvuru yapılmadan önceki ikamet şartının on yılı aşamayacağı düzenlenmiştir.¹²⁸ Dördüncü fıkrada ise, her taraf devletin, kendi iç hukukunda, kendi topraklarında hukuken ve mutaden ikamet eden mülteci ve vatansızlar için kendi vatandaşlığının kazanımını kolaylaştıracağını düzenlemektedir.

III. TÜRK HUKUKUNDA YEREL ENTEGRASYON ÇÖZÜMÜ

A) YUKK ve Uygulama Yönetmeliği ile Gelen Uyum Düzenlemesi

Türkiye gerek Cumhuriyet öncesi dönemde, gerekse Cumhuriyetten sonra, Avrupa’dan veya Avrupa dışından, sığınma arayan insanların geldiği ülke olmuştur.¹²⁹ Daha önce anlatılan çözüm türleri, Türkiye tarihi boyunca çeşitli zamanlarda uygulanmıştır.

1951 Sözleşmesine 1961 yılında, getirdiği coğrafi kısıtlama ile taraf olan Türk hukukunda, açıkça yerel entegrasyon adı altında hukuki bir düzenleme bugün de söz konusu değildir. Ancak, 11 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ile “uyum” adı altında, ekonomik ve mali imkânlar ölçüsünde, koruma statüsü alan kişilerin toplumla entegrasyonuna ilişkin, hukukumuza yeni bir düzenleme getirilmiştir.¹³⁰

96. madde “(1) Genel Müdürlük, ülkenin ekonomik ve mali imkânları ölçüsünde, yabancı ile başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin ülkemizde toplumla olan karşılıklı uyumlarını kolaylaştırmak ve ülkemizde, yeniden yerleştirildikleri ülkede veya geri döndüklerinde ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmadan bağımsız hareket edebilmelerini kolaylaştıracak bilgi ve beceriler kazandırmak amacıyla, kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları, üniversiteler ile

¹²⁸ Odman (2011), s. 59; Çiçekli, s. 382.

¹²⁹ Cumhuriyet öncesi Osmanlı dönemi ve Cumhuriyet sonrası sığınma hareketlerinin gelişimi için bkz.: Kirişçi (1996), s. 2-6; Öztürk (2015), s. 347-356.

¹³⁰ Ekşi, s. 68.

uluslararası kuruluşların öneri ve katkılarından da faydalanarak uyum faaliyetleri planlayabilir.

(2) Yabancılar, ülkenin siyasi yapısı, dili, hukuki sistemi, kültürü ve tarihi ile hak ve yükümlülüklerinin temel düzeyde anlatıldığı kurslara katılabilir.

(3) Kamusal ve özel mal ve hizmetlerden yararlanma, eğitime ve ekonomik faaliyetlere erişim, sosyal ve kültürel iletişim, temel sağlık hizmeti alma gibi konularda kurslar, uzaktan eğitim ve benzeri sistemlerle tanıtım ve bilgilendirme etkinlikleri Genel Müdürlükçe kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarıyla da iş birliği yapılarak yaygınlaştırılır.”

Uyum başlığı ile Türk hukukuna getirilen bu düzenleme, maddede sayılan kişiler için daha öncesinde bu şekilde bir düzenleme olmadığından önemlidir. Türk Dil Kurumu açıklamasına göre uyum, *toplumsal çevreye veya bir duruma uyma, uyum sağlama, intibak, entegrasyon* anlamına gelmektedir.¹³¹ Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından çıkartılan Türkiye ve Göç adlı kitapçığın tanımlar kısmında ise uyum, *göçmenlerin hem birey hem de grup olarak toplumun bir parçası kabul edildiği süreci ifade etmektedir. YUKK çerçevesinde uyum, toplumun ve göçmenin karşılıklı ve aynı ölçüde çaba göstereceği iki yönlü dinamik bir ilişki olarak ve göçmenlerin kendileriyle ilgili konularda edilgen olmadığı aktif katılımcı bir süreç olarak planlanmakta, uyum programları ise isteğe bağlı faaliyetler olarak tanımlanmaktadır.*¹³²

Maddede sayılan görevleri yapacak kurum Genel Müdürlüktür. Genel Müdürlük, YUKK madde 3/f.1-ğ bendine göre, Göç İdaresi Genel Müdürlüğüdür. Yabancıların toplumla olan karşılıklı uyumlarına ilişkin iş ve işlemleri yürütmek üzere Genel Müdürlüğün Uyum ve İletişim Dairesi görevlidir.¹³³ Genel Müdürlük, ülkenin ekonomik ve mali imkânları ölçüsünde, maddede sayılanları yapacaktır. Peki, ülkenin ekonomik ve mali imkânları ölçüsü ile anlaşılması gereken nedir?

¹³¹ Diğer tanım türleri için bkz.: www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 29.02.2016).

¹³² T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, *Türkiye ve Göç*, (Ankara: T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yayınları Pozitif Matbaa, 2013), s. 61. http://www.goc.gov.tr/icerik3/turkiye-ve-goc_564_565_886 (Erişim Tarihi: 01.03.2016).

¹³³ Türkiye ve Göç, s. 34. http://www.goc.gov.tr/icerik3/turkiye-ve-goc_564_565_886 (Erişim Tarihi: 01.03.2016).

Anayasanın ikinci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti sosyal bir hukuk devletidir. Sosyal devlet, gelir, barınma, eğitim, sağlık gibi konularda insan onuruna yaraşır asgari standartları güvence altına alma sorumluluğunu üstlenen devlet olarak tanımlanabilir.¹³⁴ Ancak sosyal devletin yükümlülükleri sınırsız değildir. Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarının düzenlendiği Anayasa m. 65’te, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” denmektedir. Buna göre devlet, sosyal devlet olmasının getirdiği yükümlülüklerin hepsini birden değil, bu yükümlülüklerden amaçlarına uygunluklarına göre öncelikli olanları gözeterek ve mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecektir.¹³⁵ Keza maddede yer alan “ülkenin ekonomik ve mali imkânları ölçüsünde” ifadesi de, maddenin kişilere tanıdığı hakların kesin olarak sağlanmayacağı, ancak ülkenin ekonomik durumu ve imkânlarına göre uygulanacağını göstermektedir.

YUKK 96. madde kapsamındaki kişiler yabancılar, başvuru sahipleri ve uluslararası koruma statüsü kapsamında olanlardır. YUKK’un 3. maddesinde bu kavramların tanımları verilmiştir. Buna göre yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi; başvuru sahibi, uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişiyi; uluslararası koruma statüsü kapsamında olanlar ise, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsüne sahip olan kişiyi ifade eder.

Maddede bir kere yabancı dedikten sonra başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü kapsamındaki kişilerin tekrar sayılmış olması gereksizdir, sayılan kişilerin hepsi hali hazırda yabancı kişilerdir. Maddede geçici koruma statüsü sahibi kişiler ise sayılmamıştır. Saymaktan maksat, bu kişiler dışındaki kişilerin uyum faaliyetlerinden yararlanamayacak olmalarına vurgu yapmaksa, bu düşünülemez. Çünkü söz konusu kişiler hakkında getirilen düzenleme, ister maddede sayılan kişiler isterse sayılmayan geçici koruma statüsü sahibi kişiler olsun, insan

¹³⁴ Uğur Kara ve Tolga Akkaya (Ed.), *Temel İnsan Hakları Bilgisi- I*, (Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 2012), s. 142.

¹³⁵ Bu tarz bir kaydın anayasal norm haline gelmiş olması, sosyal hakların gereklerini yerine getirmek konusunda isteksiz davranan siyasal iktidarlar için önemli bir sığınak oluşturabileceğine dair eleştiri için bkz.: Kara, s. 82.

hakları alanına ilişkin olup, haklarında tahdidi yoruma kapalıdır. Bu kişileri, belli haklardan mahrum bırakmak isteği, Kanunda açıkça yazılmadığı müddetçe yorumla çıkarılamaz. Ayrıca, YUKK, ikinci kısımda “Yabancılar” ve üçüncü kısımda da “Uluslararası Koruma” şeklinde bir ayrıma giderek, geçici koruma statüsünü de üçüncü kısımda Uluslararası Koruma başlığı altında düzenlemiştir. Devamında dördüncü kısımda, “Yabancılar ve Uluslararası Korumaya İlişkin Ortak Hükümler” diyerek, kendisinden önceki kısımlarda düzenlenen kişiler için ortak düzenlemeler getirmiştir. Anılan sebeplerden dolayı, maddede sayılmamış olsalar bile, geçici koruma kapsamındaki kişiler de uyum faaliyetleri kapsamında yer alacaklardır.

Maddenin ilk fıkrasında Genel Müdürlükten istenen, sayılan kişilerin, ülkemizde toplumla olan karşılıklı uyumlarını kolaylaştırmak ve ülkemizde, yeniden yerleştirildikleri ülkede veya geri döndüklerinde ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmadan, bağımsız hareket edebilmelerini kolaylaştıracak bilgi ve becerilerin kazandırılmasıdır. Bu bilgi ve beceriler, kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları, üniversiteler ile uluslararası kuruluşların öneri ve katkılarından da faydalanılarak yapılacaktır. Bu haliyle uyum ile planlanan, çalışmanın önceki bölümlerinde açıkladığımız, mültecinin kendi kendine yetebilmesi (*self reliance*) olarak görülmektedir.¹³⁶

Maddenin son fıkrasında, Genel Müdürlüğün, kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarıyla da iş birliği yaparak, kamusal ve özel mal ve hizmetlerden yararlanma, eğitime ve ekonomik faaliyetlere erişim, sosyal ve kültürel iletişim, temel sağlık hizmeti alma gibi konularda kursları yaygınlaştıracağı, uzaktan eğitim ve benzeri sistemlerle tanıtım ve bilgilendirme etkinlikleri yapacağı düzenlenmiştir.¹³⁷

¹³⁶ Bkz. dn. 72 ve 73.

¹³⁷ T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü resmi internet sitesine bakıldığında, uyum faaliyetleri başlığı altında, YUKK’un farklı dillerde hazırlanıp yayımlandığı; farklı şehirlerde toplantılar düzenlenip yabancıların sorunları ve çözüm önerileri üzerinde tartışıldığı; yabancı öğrencilere bilgilendirme toplantısı yapıldığı; sığınmacı ve mültecilere yönelik uyum çalışmaları yapıldığı görülmektedir. Yapılan faaliyetlerin çoğu, özel anlamda yabancılara yönelik olup, doğrudan uluslararası koruma kapsamında yer alan kişilere yönelik detaylı çalışmalara rastlanılamamaktadır. http://www.goc.gov.tr/icerik3/uyum-faaliyetleri_409_564_565 (Erişim Tarihi: 01.03.2016).

17 Mart 2016 tarihinde, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına ilişkin Yönetmelik yayımlanmış ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. 138 YUKK 96. maddedeki uyum düzenlemesi ile ilgili olarak, Yönetmeliğin 118. maddesinde yer almaktadır. YUKK 96. maddede yer alan kişiler ile Yönetmelik 118. maddesinde yer alan kişiler aynı olmakla birlikte, Yönetmelikte Kanundaki düzenlemeden farklı olarak, “yasal kalış imkânına sahip yabancı” ifadesi yer almaktadır. Genel Müdürlük, uyum faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için ilgili kurumlarla işbirliği yapacaktır. Maddenin üçüncü fıkrasında, uyum faaliyetlerinin planlandığı ve yürütüldüğü, bünyesinde kamu kurum ve kuruluşlarının, belediyeler, ticaret odaları, sivil toplum kuruluşları ve üniversitelerin bulunduğu il göç kurullarının, vali başkanlığında ayda bir kez toplanacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin uyum ile ilgili düzenlemesinde, Kanunda yer alan uyum düzenlemesi, daha anlaşılır hale getirilmemiştir.

B) Uyuma İlişkin Türk Hukukunda Yer Alan Diğer Düzenlemeler

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle kanun önünde eşit olacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 16. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Ayrıca Anayasa 90. madde 5. fıkrasında da, usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu, söz konusu anlaşmaların temel hak ve özgürlüklerle ilgili olması halinde kanunlarla aynı konuyu farklı düzenlemiş olması halinde sözleşme hükümlerinin esas alınacağını söylemiştir.

YUKK düzenlemesinden önce uluslararası koruma statüsü kapsamındaki kişiler için kanun seviyesinde bir düzenleme yoktu. Türk hukukunda sığınmacı kavramı, Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹³⁹ ile düzenlenmekteydi. Söz konusu Yönetmelikte, YUKK'ta olduğu gibi bir uyum düzenlemesi

¹³⁸ RG. 17.03.2016- 29656.

bulunmamaktaydı. YUKK ile söz konusu kişilerin ülkeye uyumunun kanun seviyesinde düzenlenmiş olması olumludur.

Zor durumdan kaçıp Türkiye'ye gelen sığınmacıların ülkede bekleme süreleri uzadıkça eğitim, psikososyal sorunlar, dil konusundaki güçlükler, sağlık sorunları, uyum sorunları ve ekonomik sorunlar gibi sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Bu sebeple bu kişilerin ülkede kaldıkları müddetçe, toplumla uyum içinde yaşaması kolaylaştırılmalıdır.

1. Yasal İkamet ve Barınma Hakkı

YUKK'ta, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilmiş kişilerin yasal ikametleri düzenlenmiştir. YUKK uyarınca, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine, uluslararası kimlik belgesi verilir ve bu belge ikamet izni yerine geçer (YUKK m. 76/4 ve 83/3). Geçici korumadan yararlanan kişilere, valilikler tarafından geçici koruma kimlik belgesi verilir ve söz konusu belge, Türkiye'de kalış hakkı sağlar (Geçici Koruma Yönetmeliği m. 25).¹⁴⁰

Barınma, insanın temel ihtiyaçlarından birisidir ve sosyal haklardandır.¹⁴¹ Türk hukukunda barınma hakkı anayasal bir haktır. 1982 Anayasasında, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünün 57. maddesinde konut hakkı düzenlenmiştir. Maddeye göre devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.

Uluslararası koruma kapsamındaki kişiler bakımından barınma hakkının düzenlenme şekline bakıldığında, YUKK'un 95. maddesinde öncelikle, başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin, barınma ihtiyaçlarını kendisinin karşılamasının esas olduğu, ancak Genel Müdürlükçe barınma ihtiyacının karşılanacağı barınma merkezlerinin kurulabileceği düzenlenmiştir. Barınma merkezlerinin kurulması, yönetimi ve işletilmesiyle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle

¹³⁹ Yönetmelik için bkz.: RG. 30/11/1994 – 22127.

¹⁴⁰ Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (21. Baskı), (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), s. 27.

¹⁴¹ Aybay, 62.

düzenlenecektir (YUKK m. 95/9). Konu ile ilgili yönetmelik, 22 Nisan 2014 tarihli Resmi gazetede yayımlanmıştır.¹⁴²

Barınma merkezlerinde özel ihtiyaç sahiplerinin barındırılmasına öncelik verileceği ve özel ihtiyaç sahiplerinin kimler olduğu Yönetmelikte tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden, refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişi, özel ihtiyaç sahibidir ve barınma hizmetinin sağlanmasında kendilerine öncelik tanınır (Yön. m. 3/1-k).

Kabul ve barınma merkezi dışında ikamet eden başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler ve aile üyeleri bu merkezlerde verilen hizmetlerden yararlandırılabilir (YUKK m. 95/5).

Türkiye’de 10 ayrı şehirde toplamda 25 adet barınma merkezi bulunmaktadır ve 18.12.2015 tarihi verilerine göre, geçici koruma kimlik belgeleri düzenlen 2.415.494 Suriyeliden 265.180 kişi 10 ilde kurulan 25 geçici barınma merkezinde, 2.150.314 Suriyeli ise barınma merkezi dışında bulunmaktadır.¹⁴³

YUKK Uygulama Yönetmeliği 110. maddede başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahiplerinin ikameti ve bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre Genel Müdürlük, başvuru sahibinin kayıt işlemi veya başvurusu sırasında ikamet edeceği illeri ve barındırılacağı yerleri belirleyebilecek ve gerekli hallerde değişiklik yapabilecektir. Bu belirleme sırasında, kişinin talebi, özel durumu, sağlık ve eğitim durumu ile akrabalık ilişkileri, kültürü, kişisel koşulları ve illerin kapasitesi göz önünde bulundurulacaktır. Şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için ikinci fıkrada ayrı bir düzenlemeye gidilerek, söz konusu kişiler için barınılacak yerler Genel müdürlükçe belirlenecek veya Genel Müdürlük tarafından belirlenen iller arasından bu kişiler yaşamak istedikleri ili seçebileceklerdir. Bu şekilde ayrı bir

¹⁴²Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşletirilmesi Ve Denetimi Hakkında Yönetmelik: RG. 22.04.2014-28980.

¹⁴³T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, Geçici Koruma- Geçici Korumamız Altındaki Suriyeliler- İstatistikler. http://www.goc.gov.tr/icerik6/istatistik_558_560_8971_icerik (Erişim Tarihi: 05.03.2016).

düzenlemeye gidildiğinden, başvuru sahibi için bu şekilde bir seçim hakkının olmadığı sonucu çıkartılabilir. Nitekim başvuru sahiplerinin, akrabalık, sağlık veya diğer nedenlerle adres değişikliği taleplerinde bulunabilecekleri ve bu taleplerin Genel Müdürlük tarafından değerlendirileceği ayrı olarak beşinci fıkrada düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ilgili kişilerin var olan adreslerini veya olası adres değişikliklerini en geç yirmi iş günü içinde, il müdürlüğüne bildirmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında, maddenin mülteciler için de uygulanabileceği düzenlenmiştir. Eğer açıkladığımız gibi başvuru sahipleri için farklı, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için yaşanacak yerin seçimi konusunda farklı uygulama söz konusu ise, mültecilerin bunlardan hangisi kapsamında değerlendirileceği açıkça düzenlenmeliydi görüşünü taşımaktayız.

Suriye'den Türkiye'ye sığınan kişilerden sorumlu birim olan T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Başkanlığı (AFAD), hepsinin topluca kamp olarak adlandırabileceği konteynırkent, çadır kent ve barınma merkezlerinde de birinci derecede sorumlu devlet kurumudur.¹⁴⁴ AFAD'ın kamplarının bulunduğu 10 ilde, kamplarda ve kamp dışında yaşayanların anket soruları aracılığıyla katılımıyla gerçekleştirdiği saha çalışması sonuçlarına göre, kamp dışında yaşayan Suriyelilerin, %74,1'i ev veya apartman dairelerinde; %14'ü harabe binalarda; %10,1'i geçici ya da plastik barınaklarda; %0,8'i çadırlarda; %0,6 kamu binalarında; %0,4'ü de sokakta açık alanlarda yaşamını sürdürmektedir.¹⁴⁵

Avrupa Komisyonunca hazırlanan Birinci Değerlendirme Raporunun ikinci bloğunda göç yönetimi düzenlenmiştir. İkinci blokta yer alan, "*Suriye dışından gelen mülteciler için yeterli kabul merkezlerinin oluşturulması ve bu merkezlerdeki standartların ilgili tüzüklere uyumlu olmasının sağlanması*" şeklindeki 26. kriterde, kriterin bir bölümünün karşılandığı; ancak sağlanan ilerlemenin ilerisi için ümit vaat ettiği ifade edilmiştir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ AFAD, Afet Raporu: Suriye, <https://www.afad.gov.tr/TR/IcerikDetay1.aspx?IcerikID=747&ID=16> (Erişim Tarihi: 05.03.2016).

¹⁴⁵ AFAD, Türkiye'deki Suriyeli Sığınmacılar Saha Araştırması Sonuçları, s. 35. https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/60-2013123015491-syrian-refugees-in-turkey2013_baski_30.12.2013_tr.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2016).

¹⁴⁶ İktisadi Kalkınma Vakfı, s. 12.

2. Çalışma Hakkı

Çalışma hakkı, kişinin gelir sağlayabildiği bir iş sahibi olmasını güvence altına alan sosyal haklardan ve dolayısıyla devlet, işsizlikle etkin biçimde mücadele etme, iş olanakları yaratma konusunda pozitif yükümlülükler altındadır.¹⁴⁷

Anayasa, çalışma hakkını 49. maddede ele almıştır. Çalışma hakkını düzenleyen söz konusu maddenin ilk fıkraya hükmüne göre, “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”

YUKK'ta iş piyasasına erişim, 89. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkroda, kişilerin sahip olduğu statülere göre ayrı düzenlemelere gidilmiştir. Düzenlemeye göre, başvuru sahibi veya şartlı mülteci, uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için başvurabilecek ve bu kişilerin çalışmasına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlığın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişiler içinse, verilecek kimlik belgesi, çalışma izni yerine de geçer ve bu durum kimlik belgesine yazılır (m. 89/4-b). Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişi, statü almasından itibaren, yabancıların çalışmayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler saklı kalmak üzere, bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilir.¹⁴⁸

Maddede, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Ancak, Türkiye’de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamalar uygulanmayacaktır (m. 89/4-c).

¹⁴⁷ Aybay, s. 62; Kara, s. 81.

¹⁴⁸ Çelikel ve Öztekin Gelgel’e göre bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin sebebi, şartlı mültecilerin, üçüncü bir güvenli ülkeye gönderilinceye kadar Türkiye’de uluslararası koruma statüsüne sahip olmalarıdır. Çelikel ve Öztekin Gelgel, s. 185.

YUKK Uygulama Yönetmeliği 108. maddede “*çalışma*” başlıklı düzenleme mevcuttur. Maddenin ilk fıkrası, Kanunun 89. maddesine atıf yaparak, başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin Türkiye’de çalışabileceğini düzenlemektedir. Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin, iş piyasasına erişimlerinin Bakanlığın (İçişleri Bakanlığı) görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre olacağı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir.

26 Nisan 2016 tarihinde Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik¹⁴⁹ Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesi, bir nevi YUKK 89. maddenin 4. fıkrasını tekrarlar niteliktedir. Maddeye göre, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiler bağımlı ve bağımsız olarak çalışır ve sahip oldukları kimlik belgeleri çalışma izni yerine geçer (m. 4/f. 1-2). Bu kişilerin statüsü sona erdiğinde veya kimlikleri herhangi bir suretle iptal edildiğinde, çalışma izinleri de sona erer. Başvuru sahipleri ve şartlı mülteci statüsüne sahip kişiler ise, çalışma izni almak zorundadırlar ve başvurusu uygun görülenlere çalışma izni verilir. Kişilerin sahip oldukları çalışma izinleri, başvuru sahipleri ve şartlı mültecilere ülkede mutlak kalış hakkı sağlamaz (m. 5/f. 1-2).

Türkiye’de bulunan sığınmacıların büyük bir kısmını oluşturan geçici koruma kapsamındaki Suriyeli sığınmacıların iş piyasasına erişimleri konusundaki hukuki düzenleme ise 22 Ekim 2014 tarihinde yayımlanan “*Geçici Koruma Yönetmeliğidir*”. Yönetmeliği iş piyasasına erişimle ilgili 29. maddesinde “*geçici koruma kimlik belgesine sahip olanların Bakanlar Kurulunca belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na başvurabileceği*” belirtilmektedir. Yönetmelik usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca belirleneceğini belirtmiştir ve “*Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmeliğin*”¹⁵⁰ 15 Ocak 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanması ile konuya ilişkin somut bir adım atılmıştır.

15 Ocak 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik, geçici koruma sağlanan yabancıların çalışma izni olmadan

¹⁴⁹ RG. 26.04.2016-29695.

¹⁵⁰ RG. 15.01.2016-29594.

Türkiye’de çalışamayacaklarını ve çalıştırılmayacaklarını, aksine hareket edenler hakkında 4817 sayılı Kanun hükümlerini uygulanacağını belirtmektedir (Yön. m. 4/2). 4817 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, kayıt dışı çalıştığı tespit edilen sığınmacıya 3.536 TL; çalışma izni bulunmayan sığınmacıyı çalıştıran işverenlere her bir sığınmacı için 8.848 TL; çalışma izni olmaksızın bağımlı çalışan sığınmacıya ise 881 TL para cezası uygulanacaktır.¹⁵¹

Geçici koruma sağlanan yabancılar, geçici koruma kayıt tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için Bakanlığa başvuruda bulunabilirler (Yön. m. 5/1). Başvurular, yabancıları çalıştıracak işveren tarafından e-devlet uygulaması üzerinden yapılır (Yön. m. 5/2). Ancak söz konusu yabancı, bağımsız çalışma iznine başvurma hakkına sahipse, başvuruyu kendisi de yapabilir (Yön. m. 5/3).

Yönetmeliğe göre mevsimlik tarım ve hayvancılık işlerinde çalışacak sığınmacılar çalışma izni olmadan çalışabilecektir, ancak bunun için ilgili valilikten muafiyet izni alınması gerekmektedir (Yön. m. 5/4). Muafiyet izninin çalıştıracak işveren tarafından mı yoksa sığınmacılar tarafından mı alınacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu alanda çalışacak sığınmacılar için Bakanlık tarafından il ve kota sınırlaması getirilebilecektir (Yön. m. 5/5).

Yönetmelik, bir üst sınır koyarak işletmelerde çalıştırılacak sığınmacı sayısının yerli işçilerin %10 nu geçemeyeceğini hükme bağlamıştır (Yön. m. 8/1). Bu üst limit işverenin bulunduğu yerin Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne son dört haftalık süre içinde aynı işi yaptıracak yerli işçi bulunmadığının belgelenmesi halinde istisnai olarak aşılabilecektir (Yön. m. 8/3). Bu düzenleme, sınır illerinde Suriyeli kişilerce açılan ve çalışanlarının tamamı Suriyeli işçilerden oluşan işletmeler açısından önemlidir. Bu noktada özellikle sığınmacı işçilerin yoğun olduğu sınır illerinde işgücü analizleri yapılması ile Yönetmelikte öngörülen %10 barajının hangi iş kollarında ve alanlarında aşılabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin kâr amacı gütmeyen dernek ve vakıfların geçici korumadan yararlanan yabancıları çalıştırmak üzere başvuru

¹⁵¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (2016), *4817 Sayılı Kanununun 21. maddesi Gereğince Uygulanacak İdari Para Cezaları*, <http://www.calismaizni.gov.tr/html/kacak-yabanc%C4%B1-isci-calistirma-cezasi/> (Erişim Tarihi: 06.03.2016).

yapabileceklerine ilişkin düzenlemesi de, uygulamada ihtiyaç duyulan bir düzenlemedir (Yön. m. 11/1). Çünkü iltica ve göç alanında faaliyet gösteren kurumlar, öncelikle sığınmacıların içinden personel istihdamına ihtiyaç duymaktadır.

Yönetmelikte, İş Kurumu tarafından bir işyerinde mesleki eğitim ve işbaşı eğitimi verilenlerin eğitim sonunda aynı işyerinde çalıştırılması için Bakanlığa başvurulabileceğini ve bu durumda işyeri istihdam kotasının farklı uygulanabileceğini belirtilmektedir (Yön. m. 12/1-2). Bu imkân sığınmacılar için olumlu bir düzenlemedir.

Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin¹⁵², “Suriye uyruklu sağlık meslek mensuplarının muafiyet durumu” başlığını taşıyan geçici 1. maddesine göre: “Suriye’de yaşanan olaylar sebebiyle Türkiye’de geçici koruma altına alınanlar için Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından kurulan barınma merkezlerinde çalışmak isteyen Suriye uyruklu sağlık meslek mensupları, mesleğini icraya yetkili olduğuna dair belge ibraz etmek kaydıyla 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki şartlardan muaf tutulur”.

Bu madde uyarınca, geçici barınma merkezlerinde çalışmak isteyen Suriye uyruklu sağlık meslek mensupları, mesleklerini icraya yetkili olduklarına dair belgeyi sundukları takdirde, 5. madde a, b, c, d, bentlerinde yer alan diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak, mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak, Türkçe bilmek ve hekimler için, zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak şartlarından muaf olacaklardır.¹⁵³

Avrupa Komisyonunca hazırlanan Birinci Değerlendirme Raporunun ikinci bloğunda göç yönetimi düzenlenmiştir. İkinci blokta yer alan, “Farklı statülere sahip sığınmacıların kimlik kartlarına ve işgücü piyasasına erişimlerinin sağlanması” şeklindeki 27. kriterde, kriterin bir

¹⁵² RG. 22.02.2012-28212. Geçici koruma altına alınanlara sağlanan hizmetler ile ilgili bkz.: Nuray Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 88, Sayı: 6, 2014, s. 65-89, s. 75-77.

¹⁵³ Ekşi (2014), s. 76.

bölümünün karşılandığı, ancak sağlanan ilerlemenin ilerisi için ümit vaat ettiği ifade edilmiştir.¹⁵⁴

3. Eğitim Hakkı

Eğitim ve öğretim özgürlüğü Anayasanın 42. maddesinde herkes için güvence altına alınmakta ve ilköğretim bütün vatandaşlar için zorunlu kılınmaktadır.

YUKK'un 89. maddesinde, başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ve aile üyelerinin ilköğretim ve ortaöğretim hizmetlerinden yararlanacağı düzenlenmektedir (m. 89/1).

YUKK Uygulama Yönetmeliği 105. maddede, “*eğitim ve öğretim*” konusu düzenlenmiştir. Başvuru sahibi veya uluslararası koruma sahibi kişiler ve aile üyeleri, statülerini gösteren belgelerini ibraz ederek, ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarındaki eğitim hizmetlerinden yararlanabileceklerdir (m. 105/1). Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler, Türkiye’de ön lisans, lisans, yüksek lisans veya doktora öğrenimi hakkı elde ettiler ise, ayrıca öğrenci ikamet izni almalarına gerek olmayacaktır (m. 105/3).

Türkiye, uyuşu ne olursa olsun tüm çocukların eğitim hakkı olduğunu savunan Çocuk Hakları Bildirgesi’nin imzacısıdır. Bununla birlikte, ulusal mevzuatta Suriyeli mültecilerin Türkiye’de eğitim hizmetlerine erişimini düzenleyen iki belge bulunmaktadır. Bunlardan ilki Ekim 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği, diğeri ise Yabancılar Yönelik Eğitime ve Öğretme Hizmetleri Genelgesidir. Geçici Koruma Kanunu Yönetmeliği’nin “*eğitim hizmetleri*” başlıklı 28. maddesi, yabancıların eğitim faaliyetlerinin geçici barınma merkezlerinin içinde ve dışında MEB’in kontrol ve sorumluluğunda yürütüleceğini belirtmektedir. Yükseköğrenim görme hakkına dair usullerin YÖK tarafından belirleneceği de Yönetmelik’te yer almaktadır. Genelge ise eğitim hizmetleri hakkında daha ayrıntılı bilgi vermektedir. Genelgede Suriyeli ve kayıtlı çocukların MEB’e bağlı ve Suriyelilere yönelik olarak oluşturulmuş Geçici Eğitim Merkezleri’nde eğitim alabilecekleri ve Suriyeli çocukların okula yerleştirilmeleri, eğitim haklarına erişimi konusunda da İl/İlçe Eğitim Komisyonları kurulacağı vurgulanmaktadır.

Çiçekli’nin yaptığı gözlemlerden verdiği bilgilere göre, “*kamplarda kurulan kreş, anaokulu, ilköğretim ve liselerde Suriye müfredatını baz*

¹⁵⁴ İktisadi Kalkınma Vakfı, s. 12-13.

alan Suriyeli gönüllü öğretmenlerin de destek verdiği Arapça eğitim verilmekte, Türkçe dil eğitim dersleri de ek olarak sunulmaktadır."¹⁵⁵

4. Vatandaşlığın Kazanılması

1951 Sözleşmesinin 1. maddesinin (C) fıkrasında altı bent halinde, mülteci statüsünün kaybedildiği durumlar düzenlenmiştir. Üçüncü bende göre, mülteci, yeni bir vatandaşlık kazanmışsa ve vatandaşlığını kazandığı ülkenin korumasından istifade ediyorsa, artık mülteci statüsü sona erecektir. Çünkü artık ulusal korumadan yararlanan kişinin, uluslararası korumaya ihtiyaç duymadığına inanılmaktadır.¹⁵⁶

2008-2013 yılları arasında, aranan şartları sağlayarak Türk vatandaşlığını kazanan Suriye uyrukluların sayısı toplam 3577'dir.¹⁵⁷

Türk vatandaşlığının kazanılmasına dair düzenlemeler, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK) ile İskân Kanununda yer almaktadır. İskân Kanununa göre, Türkiye'ye göçmen olarak kabul edilen Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı kişiler, gerekli işlemlerin tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararı ile vatandaşlığa alınırlar (İskân Kanunu m. 8/4).

5901 sayılı TVK'ya göre vatandaşlık doğumla ve sonradan kazanılır (TVK m. 5/1). Doğumla kazanılan vatandaşlık, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kurulur (TVK m. 6/1). Soy bağı esasına göre vatandaşlığın kurulması TVK m. 7'de düzenlenmiştir ve maddenin ilk fıkrasına göre, Türkiye içinde veya dışında, Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. İkinci fıkraya göre, anne Türk vatandaşı ise, evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Üçüncü fıkraya göre, Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk, babanın çocuk ile soy bağını kurması ile Türk vatandaşlığını kazanır.

Doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kurulması TVK m. 8'de düzenlenmiştir ve maddenin ilk fıkrasına göre, Türkiye'de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır.

¹⁵⁵ Çiçekli, s. 324.

¹⁵⁶ Odman (1995), s. 149; Altınışık ve Yıldırım, s. 26; Çelikel ve Gelgel, s. 126; Çiçekli, s. 273.

¹⁵⁷ Mültecilerle Dayanışma Derneği, *Basın Açıklaması: Suriyeli Mültecilerin Seçimlerde Oy Kullanacağı ve Maaş Aldıkları İddialarına Dair*, 27.03.2014. <http://www.multeci.org.tr/haberdetay.aspx?Id=85> (Erişim Tarihi: 06.03.2016).

İkinci fıkraya göre, Türkiye’de bulunmuş çocuk, aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğmuş sayılır. Yabancı ana veya yabancı babasından, soy bağı esaslı ile vatandaşlığı doğumla kazanan çocuk, Türkiye’de doğmuş olsa bile, buna dayanarak vatandaşlığı kazanamaz.¹⁵⁸

Türk vatandaşlığının doğumla kazanılmasını, ülkede yoğun nüfusa sahip geçici koruma statüsü sahipleri için yorumlayacak olursak, TVK’nın 7. maddesine göre, anası Türk babası Suriye vatandaşı olan evlilik birliği içinde veya dışında doğmuş çocuk, doğumla Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Anası Suriye vatandaşı babası Türk vatandaşı olan ve evlilik birliği içinde doğan çocuk da doğumla Türk vatandaşlığını kazanırken, evlilik birliği dışında doğan çocuk, ancak babanın çocuk ile soy bağını kurması ile Türk vatandaşlığını kazanacaktır. TVK’nın 8. maddesine göre, ana ve babasından herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan ve Türkiye’de doğmuş çocuk da, Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Ekşi’nin verdiği örneğe göre, Suriye ordusuna karşı savaşmaları sebebiyle, Suriye vatandaşlığından atılan ve vatansız duruma düşen ana ve babanın Türkiye’de doğan çocuğu, Türk vatandaşlığını kazanacaktır.¹⁵⁹

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması ise yetkili makam kararı ile evlat edinilme yolu ve seçme hakkı yolu ile gerçekleşmektedir. Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılması üç şekilde gerçekleşmektedir; genel yolla kazanma, istisnai yolla kazanma ve yeniden kazanma. Türk vatandaşlığının genel yolla kazanılması için ilgilinin bazı şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu şartlar, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olma, başvuru tarihinden geriye doğru beş yıl Türkiye’de kesintisiz ikamet etmiş olma, Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etme, genel sağlık bakımından tehlike teşkil edecek hastalığı bulunmama, iyi ahlak sahibi olma, yeteri kadar Türkçe konuşabilme, Türkiye’de geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olma ve milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmamadır.

Vatandaşlığın genel yolla kazanılmasını geçici koruma kapsamındaki kişiler için değerlendirecek olursak; vatandaşlığın genel yolla kazanılması için kişinin başvuru tarihinden itibaren geriye dönük beş yıl yasal ve kesintisiz ikamet etme şartı yer almaktadır. Geçici koruma

¹⁵⁸ Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (3. Bası), (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015), s. 66.

¹⁵⁹ Ekşi, 2015b, s. 198-199.

kapsamındaki kişilerin ikametine ilişkin hem Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik madde 16/2-c’de, hem de Geçici Koruma Kanunu’nun 25. maddesinde düzenleme bulunmaktadır. TVK Yönetmeliğine göre, *yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan kişilerin* başvurusu kabul edilmez ve bu husus yazılı olarak ilgisine bildirilir. Geçici Koruma Yönetmeliğine göre ise, kayıt işlemi tamamlanan geçici koruma kapsamındaki kişilere kimlik belgesi verilir (Yön. m. 22/1). Geçici koruma kimlik belgesi, Türkiye’de kalış hakkı sağlar. Ancak bu belge, Kanunda düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmaz, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı sağlamaz, süresi ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı vermez (Yön. m. 25).

Geçici Koruma Yön. m. 25, geçici koruma kapsamındaki kişilerin genel yolla vatandaşlığın kazanılmasına başvuru yollarını tamamen kapatmaktadır. Vatandaşlığın genel yolla kazanılmasında en önemli hususlardan birisi, ülkede beş yıl yasal ve kesintisiz ikamet etme şartıdır. Geçici koruma sahiplerinin ülkede kaldıkları müddetçe korumanın kapsamında yer aldığı düşünülürse, koruma kapsamındayken sahip oldukları kimlik belgeleri yalnızca ülkede kalma hakkı sağlayacaktır ve söz konusu kalma süresi, ikamet izni toplamında da dikkate alınmayacaktır. Tüm bu engelleyici yolları sayan madde, en sonunda da açık bir ifadeyle kalma hakkı sahiplerinin vatandaşlık başvurusunda bulunsa bile ikamet şartını sağlamayacağından vatandaşlığı kazanamayacağını söylemektedir.

TVK’da Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılması, 12. maddede üç bent halinde düzenlenmiştir. Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmamak şartıyla Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile göçmen olarak kabul edilen kişiler (12/1-c), vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler (12/1-b) ve Türkiye’ye belli alanlarda hizmeti geçen veya geçeceği düşünülen kişiler (12/1-a) Türk vatandaşlığını kazanabilirler. İstisnai yolla vatandaşlığın kazanılması için ilgilinin isteği ve Bakanlar Kurulunun kararı gerekir ve

Bakanlar Kurulu, istisnai vatandaşlığa alınma şartlarına sahip olan kişilerin taleplerini, kanunda olmayan sebeplerle reddedemez.¹⁶⁰

1951 Sözleşmesi 34. maddesinde, devletlere getirilen, mültecileri vatandaşlığa alma işlemlerinde kolaylık sağlama yükümlülüğü, hukukumuzda başkaca hüküm getirilene kadar, vatandaşlığa alınması zaruri kişiler olarak görülebilirler.¹⁶¹ 2011'de 25, 2012'de 44 ve 2013'ün ilk 6 ayında 9 kişi olmak üzere toplam 78 Suriye uyruklu kişi 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 12. maddesinde öngörülen hükümler çerçevesinde Türk vatandaşlığına alınmıştır.¹⁶²

Evlenme, kişinin vatandaşlığını doğrudan etkilemez. Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması TVK 16. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir Türk vatandaşı ile üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. İçişleri Bakanlığı'nın verilerine göre, bu şekilde 2008-2013 yılları arasında evlilik yoluyla vatandaşlık kazanan Suriye uyrukluların toplam sayısı 2543'dür.¹⁶³

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının bir diğer yolu da evlat edinilme ile kazanılmasıdır. TVK'nın 17. maddesine göre, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir.

SONUÇ

Kişinin menşe ülkesi korumasından faydalanamayıp, başka bir ülkenin korumasına sığındığı uluslararası koruma uygulaması, gerek 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, gerek başka birçok insan hakları belgelerinde düzenlenmiştir. Ancak, kişinin bu sığınma halinin sürekliliği istenmeyen bir durumdur ve bu durumun, sığınan kişinin onurlu yaşam sürmesini sürekli hale getirecek şekilde sonlandırılması arzu edilir.

¹⁶⁰ Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2014), s. 75.

¹⁶¹ Güngör, bunun sebebinin "5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Açıklamada" sözü edilen "uluslararası ilişkilerin" icabına dayandırmaktadır. Güngör, s. 101.

¹⁶² Dönemin İçişleri Bakanı Muammer Güler'in açıklaması için bkz.: <http://www.milliyet.com.tr/iste-turk-vatandasligina-gecen/siyaset/detay/1797106/default.htm> (Erişim Tarihi: 08.03.2016).

¹⁶³ Mültecilerle Dayanışma Derneği, <http://www.multeci.org.tr/haberdetay.aspx?Id=85> (Erişim Tarihi: 08.03.2016).

Doktrindeki kabul gören üç nihai çözümden biri olan yerel entegrasyon, çoğu zaman ülkesine dönemeyen ve başka ülkeye de yerleşemeyen kişiler açısından tek çözüm yoludur.

Yerel entegrasyonun hukuki sürecinde, sığınan kişiye, bulunduğu ülkede vatandaşa yakın haklar ve bazı zamanlarda da vatandaşlığın kazanılması sağlanır. Tüm bu haklar, mülteci sözleşmelerinde düzenlenmelerinin yanı sıra, birçok insan hakları belgesinde de herkes için tanınmış haklardır ve taraf devletlerin bu sözleşmeler sebebiyle uluslararası sorumlulukları bulunmaktadır.

Türk hukukunda 2014 tarihinde yürürlüğe giren YUKK ile birlikte uluslararası koruma kapsamında yer alan kişiler ve yabancılar için getirilen “uyum” düzenlemesiyle, bu kişilerin topluma entegre olmaları amaçlanmaktadır. Toplumla entegre olmanın hukuki sürecinde bu kişilere sosyal haklarının sağlanması gereklidir. Çalışmada bu kapsamda yasal ikamet ve barınma hakkı, çalışma hakkı, eğitim hakkı ve vatandaşlığın kazanılması incelenmiştir.

Türkiye topraklarında YUKK kapsamındaki kişilere bakıldığında genelinde yabancılar ve özelinde geçici koruma statüsü sahibi insan sayısı oldukça fazladır. Bu kişilerin barınma hakkı, sosyal devletin gerektirdiği ama imkânlarının el verdiği ölçüde Türkiye Devleti tarafından, karşılaştırıldığında diğer devletlerden oldukça daha kapsamlı bir şekilde yürütülmekteyse de, kişi sayısının oldukça fazla olması, yine de çoğu insanın barınma hakkından faydalanamadığını göstermektedir. Çalışma hakkı bakımından incelediğimizde, konu ile ilgili Yönetmelik çıkması, uygulama açısından oldukça önemlidir. Ancak sayıca fazla ve çoğu zaman bir geliri de olmayan bu insanlara yönelik Yönetmelikte kimi alanlarda %10 kotasının uygulanmaması veyahut ilgili nüfusun fazla olduğu şehirlerde bu kotanın aşılabılmesinde esneklik tanınması, amaca uygun olacaktır. Eğitim hakkı bakımından konuyu incelediğimizde, eğitim imkânları daha çok barınma merkezlerinde yoğunlaşmış durumdadır ve barınma merkezi dışında bulunan kişiler de dışarıdan gelerek bu imkândan faydalanabilmektedirler. Eğitim alanında entegre olmayı sağlamak ve eğitimsiz bir nüfusun oluşumunu engellemek için, dil konusunda çalışmalara ağırlık verilmelidir.

Vatandaşlığın kazanılması hususuna gelecek olursak, açıkça geçici koruma sahiplerinin vatandaşlığı kazanamayacaklarına dair bir düzenleme olmamakla birlikte, özellikle vatandaşlığın genel yolla kazanılmasında

aranan beş yıl ikamet şartı ve geçici koruma sahiplerinin yasal bir ikamet izninin olmayışı, genel yolla vatandaşlık edinimini fiili olarak imkânsız kılmaktadır. Ancak bu kişilerden Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olanlar İskân Kanununa göre; diğerlerinin de TVK hükümleri uyarınca istisnai yoldan veya evlenme yolu ile vatandaşlığı kazanmalarında herhangi bir engel yoktur.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Acer, Yücel/ Kaya, İbrahim ve Gümüş, Mahir, *Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi*, (Ankara: USAK Yayınları, 2010).
- Altınışik, Çiğdem ve Yıldırım, Mehmet Şahin, *Mülteci Haklarının Korunması*, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2002).
- Aslan, Volkan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3 Sayı:2 Yıl 2012.
- Aybay, Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015).
- Batur Yamaner, Melike, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, (İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007)
- Büyükçalık, Mürvet Ece, *Mülteci Hukuku'nun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015).
- Çelikel, Aysel ve Gelgel, Öztekin Gülseli, *Yabancılar Hukuku* (21. Bası), (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015).
- Çiçekli, Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014).
- Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (12. Bası), (Ankara: Savaş Yayınevi, 2014).
- Egglı, A. V., *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law* (Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers 2002).
- Eksi, Nuray, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 88, Sayı: 6, 2014, s. 65-89.

- Ekşi, Nuray, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı Ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 82, Sayı: 6, 2008, s. 2801-2838.
- Ekşi, Nuray, “Suriyelilere Toplu Olarak Türk Vatandaşlığı Verilebilir Mi?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 89, Sayı:2, 2015b, s. 196-202.
- Ekşi, Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (3. Bası), (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015).
- Feller, E., Türk, V. ve Nicholson, F. (der.), *UNHCR's Global Consultations On International Protection, Refugee Protection in International Law* – (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).
- Grahl-Madsen, Atle, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, UNHCR, *Division of International Protection*, (Geneva, 1997).
- Güneysu, Gökhan, *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014).
- Güngör, Gülin, *Tabiiyet Hukuku, Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler* (3. Bası), (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015).
- Hathaway, James C., *The Rights Of Refugees Under International Law*, (Cambridge University Press, 2005).
- İktisadi Kalkınma Vakfı, *Türkiye ile Vize Serbestliğine İlişkin Yol Haritası- Birinci Değerlendirme Raporu Analizi*, (İKV, 2014).
- Kara, Uğur ve Akkaya, Tolga (Ed.), *Temel İnsan Hakları Bilgisi- I*, (Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 2012).
- Kirişçi, Kemal, *Türkiye “Coğrafi Sınırlama”yı Kaldırıyor mu? Türkiye’de Kasım 1994 Sığınma Yönetmeliği*, (Ankara: Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği, 1996).
- Odman, Tevfik, *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler*, (Ankara: Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2008).
- Odman, Tevfik, *Mülteci Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 1995).
- Odman, Tevfik, *Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku*, (Ankara: Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011).

- Özcan, Mehmet, *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku- Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı*, (Ankara: USAK Yayınları, 2005).
- Özgür, Nurcan ve Özer, Yeşim, *Türkiye’de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, (İstanbul: Derin Yayınları, 2010).
- Özkan, Işıl, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013).
- Öztürk, Neva Övünç, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3 Sayı:2, 2012.
- Öztürk, Neva Övünç, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015).
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, (3. Bası), (Ankara: Turhan Kitabevi, 1993).
- Taneri, Gökhan, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2012).
- Tütüncü, Ayşe Nur, *İnsancıl Hukuka Giriş*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2006).
- United Nations High Commissioner for Refugees, *An Introduction To International Protection Protecting Persons Of Concern To UNHCR Self-Study Module 1*, (Geneva: UNHCR, 2005b).
- Uzun, Elif, “Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 8, Sayı:30, 2012, s. 25-58.

İnternet Kaynakları

- Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dışişleri Genel Müdürlüğü, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilisoz/bm1.html> (Erişim Tarihi: 03.03.2016).
- AFAD, Afet Raporu: Suriye, <https://www.afad.gov.tr/TR/IcerikDetay1.aspx?IcerikID=747&ID=16> (Erişim Tarihi: 05.03.2016).
- AFAD, Türkiye’deki Suriyeli Sığınmacılar Saha Araştırması Sonuçları. <https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/60-2013123015491-syrian-refugees-in-turkey->

- 2013_baski_30.12.2013_tr.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2016).
- BMMYK Türkiye ve Türk İçişleri Bakanlığı, İltica ve Göç Mevzuatı, (Ankara: Başkent Matbaası 2005), s. 224. http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2016).
- Costa, Rosa da (2006). Rights of refugees in the context of integration: legal standards and recommendations. UNHCR Legal and Protection Policy Research Series. <http://www.unhcr.org/44bb90882.pdf> (Erişim tarihi: 12.02.2016).
- Global Consultations (2002). Strengthening and expanding resettlement today: dilemmas, challenges and opportunities, <http://www.refworld.org/docid/3d62679e4.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (2016), 4817 Sayılı Kanunun 21. Maddesi Gereğince Uygulanacak İdari Para Cezaları, <http://www.calismaizni.gov.tr/html/kacak-yabanc%C4%B1-isci-calistirma-cezasi/> (Erişim Tarihi: 06.03.2016).
- Delegation of the European Union to Turkey, Uzun dönem ikamet izni verilenlere ilişkin AB direktifi uluslararası korumadan yararlananlar ile mültecileri kapsayacak şekilde genişletildi. <http://www.avrupa.info.tr/tr/bilgi-kaynaklari/haber-arsivi/news-single-view/article/uzun-doenem-ikamet-izni-verilenlere-iliskin-ab-direktifi-uluslararasi-korumadan-yararlananlar-ile.html> (Erişim Tarihi: 20.02.2016).
- Executive Committee of the High Commissioner's Programme, "Note on International Protection", A/AC.96/830, 7 September 1994. <http://www.refworld.org/docid/3f0a935f2.html> (Erişim Tarihi: 14.02.2016).
- Mültecilerle Dayanışma Derneği, Basın Açıklaması: Suriyeli Mültecilerin Seçimlerde Oy Kullanacağı ve Maaş Aldıkları İddialarına Dair, 27.03.2014. <http://www.multeci.org.tr/haberdetay.aspx?Id=85> (Erişim Tarihi: 06.03.2016).

- Robinson, N. (1997). Convention relating to the Status of Refugees: Its history, contents and interpretation. UNHCR, Geneva. <http://www.unhcr.org/3d4ab67f4.pdf> (Erişim Tarihi: 17.02.2016).
- Rona Aybay, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan_haklari_evrensel_bildirisi.pdf (Erişim Tarihi: 13.02.2016).
- Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950, s. 4. <http://www.unhcr.org/3b66c39e1.html> (Erişim Tarihi: 19.02.2016).
- T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, Geçici Koruma-Geçici Korumamız Altındaki Suriyeliler- İstatistikler. http://www.goc.gov.tr/icerik6/istatistik_558_560_8971_icerik (Erişim Tarihi: 05.03.2016).
- T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, Türkiye ve Göç, (Ankara: T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yayınları Pozitif Matbaa, 2013), s. 61. http://www.goc.gov.tr/icerik3/turkiye-ve-goc_564_565_886 (Erişim Tarihi: 01.03.2016).
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Global Consultations on International Protection/Third Track: Local Integration, 25 April 2002a, EC/GC/02/6, <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016).
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Global Consultations on International Protection/Third Track: Strengthening and Expanding Resettlement Today: Dilemmas, Challenges and Opportunities, 25 April 2002b, EC/GC/02/7, <http://www.refworld.org/docid/3d62679e4.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2016).
- UNHCR (2005). Handbook for self-reliance, s. 1. <http://www.unhcr.org/44bf7b012.pdf> (Erişim Tarihi: 11.02.2016).

- UNHCR Core Group on Durable Solutions, Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern,(Geneva: UNHCR, 2003a) <http://www.refworld.org/docid/4124b6a04.html> (Erişim Tarihi: 16.02.2016).
- UNHCR, Agenda for protection (3. Basım). UNHCR, 2003b <http://www.unhcr.org/3e637b194.html> (Erişim Tarihi: 16.02.2016).
- UNHCR, Handbook for self-reliance, (Geneva: UNHCR, 2005a), s. 1. <http://www.unhcr.org/44bf7b012.pdf> (Erişim Tarihi: 11.02.2016).
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR); Department of International Protection (DIP); Protection Information Section (PIS), “UNHCR Master Glossary of Terms”, June 2006, Rev.1. <http://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html> (Erişim Tarihi: 14.02.2016).
- Zümray Kutlu, Bekleme Odasından Oturma Odasına- Suriyeli Mültecilere Yönelik Çalışmalar Yürüten Sivil Toplum Kuruluşlarına Dair Kısa Bir Değerlendirme, Açık Toplum Vakfı. http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/medya/02062015be_klemeodasi.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2016).

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABÖ	: Afrika Birliği Örgütü
AFAD	:T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Başkanlığı
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMESK	:Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi
BMMYK	:Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği

CEDAW	:The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi)
Der.	: Derleyen
Dn. (dn.)	: Dipnot
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
ILO	:The International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İKV	: İktisadi Kalkınma Vakfı
M. (m.)	: Madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
UN	: United Nations (Birleşmiş Milletler)
UNHCR	:United Nations High Commissioner for Refugees (Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği)
Yön.	: Yönetmelik
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

DEVLETLERİN TANINMASINDA DÖNÜM NOKTALARI: BADİNER KOMİSYONU VE KOSOVA'NIN TANINMASI

Ezeli AZARKAN*

ÖZET

Bu makale Kosova'nın bağımsızlık ilanı ve *Badinter* Komisyonu çerçevesinde yeni devletlerin tanınmasına ilişkin uluslararası hukuktaki gelişmeleri incelemeyi amaçlamaktadır. *Badinter* Komisyonu Avrupa Topluluğu ve uluslararası toplumun yetkilendirdiği sınırlar içinde Yugoslavya'daki *self-determinasyon*, ayrılma ve egemenlik konularını çözümüne katkı sağladı.

Kosova'nın tek taraflı ve ani bağımsızlık ilanı ise uluslararası toplumu ikiye böldü. Birçok Avrupa devleti Kosova'yı hemen tanıdı ve Kosova'nın bağımsızlık *deklarasyonuna* destek verdi. Bazı Avrupalı devletler ise Kosova Parlamentosunun eylemini uluslararası hukuka aykırı ve hukuk dışı bir eylem olarak niteledi. Bu makalede, bu iki durumun ortaya çıkardığı durumları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, *Badinter* Komisyonu, Kosova, Tanıma,

TURNING POINTS IN THE RECOGNITION OF STATES : BADINTER COMMISSION AND KOSOVO'S DECLARATION OF INDEPENDENCE

ABSTRACT

This article intends to examine the developments in international law in relation to the recognition of new states within the frame work of the Badinter Commission and Kosovo's declaration of independence. The self-determination in Yugoslavia authorized within the limits of Badinter Commission, European Community and the International Community has contributed to settling issues of sovereignty and secession.

Kosovo's unilateral and immediate declaration of independence has divided the international community. Many European countries both recognized Kosovo and gave support to its independence declaration. However, some European countries denounced this action of Kosovo's parliament as unlawful and contrary to international law. In this article, the consequences stemmed from these two cases are to be examined.

Keywords: International Law, Badinter Commission, Kosovo, Recognition.

* Doç. Dr. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi. aezeli@dicle.edu.tr

GİRİŞ

1991 yılında uluslararası toplum, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyetinin dağılmasına hazırlıksız yakalandı. Bu olay nedeniyle, uluslararası hukuk ve siyasal sistemin bazı temel kavramları sorgulanmaya başlandı. Ayrıca bu olay, bu kavramları test etme olanağını da ortaya çıkardı. Bu kavramlar; yeni devletlerin tanınması, egemenlik, self-determinasyon ve ayrılmadır. Bunun yanında, yeni oluşumların ortaya çıkması sorunu daha da karmaşık hale getirdi. Yugoslavya'nın dağılmasıyla meydana gelen olaylar eski Yugoslavya Cumhuriyetlerinin devlet olarak tanınmasını oldukça güçleştirmiştir. Bu krizi çözme konusunda yavaş ve kararsız bir tutum izlemesine rağmen Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) düzenlediği Yugoslavya Konferansı bünyesinde hızlı bir şekilde bu sorunlarla ilgilenmesi için bir ad hoc komisyon kurdu. Sonuçta, Komisyon eski Yugoslavya'nın hızlı bir şekilde dağılma sürecinde olduğunu tespit etti¹.

Hiç kimse Yugoslavya'nın parçalanmasıyla ortaya çıkan yeni devletlerin tanınmasının bu kadar karmaşık ve geniş etkiye sahip bir sorun olduğunu kavrayamamıştı. Kimine göre bu tanıma eylemi, Yugoslavya'da çıkabilecek acımasız çatışmaların durulmasını sağlayacak bir araçtı. Bazı Avrupalı devletler için ise yeni devletleri tanımak etik açıdan doğru bir karardı. Bu yöntem, sivil çatışmaları durduracak etkili bir önlem olarak görülüyordu. Ancak, tanıma işlemi de bu çatışmaların önüne geçemedi. Buna rağmen, Slovenya ve Hırvatistan'ın tanınması beraberinde Bosna-Hersek, Makedonya ve Sırbistan-Karadağ devletlerinin tanınmasını getirdi. Daha sonra da Sırbistan-Karadağ'ın oluşturdukları devlete Sırbistan Cumhuriyeti ve Karadağ Cumhuriyeti olarak ikiye ayrıldı. 17 Şubat 2008 tarihinde Kosova'nın bağımsızlık ilan etti. Böylece, II. Dünya Savaşı'ndan bu yana bir devlet çatısı altında yaşayan cumhuriyetlerin ve özek bölgenin resmi tanıma işlemleri de tamamlanmış oldu.

Bu makalede, 1933 Montevideo Sözleşmesinden beri önemli bir gelişme sağlanamayan devletlerin tanınması konusunda son yıllarda meydana gelen gelişmeler ele alınmaktadır. Bu konuda iki önemli gelişme yaşanmıştır. Bunlardan birincisi, AET tarafından düzenlenen Yugoslavya

¹ Thomas D. Grant, *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, Westpost Press, London,1999. ,s.162.

Konferansı bünyesinde kurulan Hakemlik Komisyonudur². Bu komisyonun özeliği ilk kez bir grup devlet tarafından yeni bir devletin tanınması için gerekli şartları belirlemek amacıyla kurulmuş bir organ olmasıdır. Ayrıca, Komisyonun başka bir özeliği de belirlediği koşulları yerine getiren yeni devletlerin toplu tanınmasını sağlamasıdır³. Bu özelliklerden dolayı, ilk olarak Komisyonun aldığı kararların tanınma sürecine ve uluslararası hukuk kurallarının gelişmesine etkilerini inceleyeceğiz. Daha sonra, uluslararası müdahale sonucunda oluşan Kosova devletinin hukuki dayanağının ne olduğu ve bu konuda yaşanan gelişmelerin devletlerin tanınmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına etkisi incelenecektir.

I. BADINTER KOMİSYONU

Yugoslavya'da çatışmalar başladığında, AET çatışmaların yaygınlaşmasını ve kan dökülmesini önlemek için girişimlerde bulunmaya başladı⁴. Bu paralelde, Avrupa Topluluğu Yugoslavya Konferansı (ATYK)'nı toplandı. Bu Konferans sürecinde çatışmaların önlenmesi ve sorunun niteliğinin belirlenmesi için hakemlik kurumunun işletilmesine karar verildi. Sonradan bu hakemlik kurumu *Badinter* Komisyonu olarak adlandırılacaktır⁵.

AET Yugoslavya'da karşılaşılan bu olağandışı durum için hakemlik sürecinin başlatılması için teşvikte bulunuyordu⁶. Çatışan devletlerarasındaki uyuşmazlıklara bakacak bir organın yokluğundan dolayı, AET ad hoc bir organın kurulmasını önerdi. Komisyonun yetki alanı açıkça belirlenmemişti. Komisyonun hukuk sorumlusu olan *Allan Pellet*⁷ bile komiteye verilen görevlerin açık bir şekilde belirlenmediğini

² Hakemlik Komisyonu daha sonra Komisyon başkanı Robert Badinter ismine atfen Badinter Komisyonu olarak ünlenmiştir. Bu nedenle, çalışmada Komisyondan söz erken Badinter Komisyonu ifadesini kullanmayı tercih ettim.

³ Bundan önce uluslararası hukukta toplu tanıma yeni bir devletin bir uluslararası örgüte üye kabul edilmesi halinde karşılaşılan bir durumdu

⁴ EC Bulletin 7/8,1991,s.115-116.

⁵ Steve Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia and The Badinter Arbitration Commission*, Ashgate Publishing, Aldershot and Burlington,2000.,s.120. Grant, *The Recognition of States*, s.154.

⁶ Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia*.,s120.

⁷ Allan Pellet,Prof.Dr., Paris Üniversitesinde öğretim üyesi olarak görev yapmakta, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu üyesi ve Banditer Komisyonunda hukuk danışmanı olarak görev yapmaktaydı.

söylemiştir⁸. 27 Ağustos 1991 tarihinde AT bildiriyle Yugoslavya’da bir hakem komisyonu kurulduğu belirtilerek: “Topluluk ve üye devletler Hırvatistan’da gittikçe artan kanlı çatışmalar karşısında bir şey yapmadan duramaz. Ateşkesin ilan edilmesi ve sürdürülmesi konusunda anlaşmaya varılmalıdır. Topluluk ve üye devletler bir barış konferansı düzenlemeli ve hakemlik prosedürünü başlatmalıdırlar. Bu Barış Konferansında aşağıda belirtilenlere uyulmalıdır:

- Yugoslavya federal başkanının Konferansa katılması sağlanmalı
- Yugoslavya Başkanlık Konseyinde temsil edilen üye cumhuriyetlerin temsilcileri ve AET Komisyonu Konferansa katılmalı
- İlgili taraflar uyuşmazlık konularını Hakemlik Komisyonuna iletmelidirler.
- Hakemlik Komisyonu, Federal Başkanlık Konseyi’nin oy birliği ile atadığı iki üye ile Topluluk ve üye devletlerinin atadığı üç üye olmak üzere beş üyeden oluşacaktır.
- Federal Başkanlık Konseyi’nin ataması gereken üyeler üzerinde fikir birliği sağlanamadığı takdirde, Topluluk tarafından atanmış üç üye diğer iki üyeyi seçecektir⁹.

ATYK’de karşıt görüşlü taraflar arasında uzlaştırıcı temel siyasi araç hakem komisyonu olacak ve bu çalışmada öncelikli hukuki organ olarak hakem komisyonunun verdiği kararlar uygulanacaktır. Bildiri oldukça uzun olmasına karşın, usule ilişkin özel düzenlemeleri içermemekteydi. Bildiri Komisyonun usulüne ilişkin bir öneri getirmediği gibi uzlaşmayı sağlayacak bir sistemi de içermiyordu.

Pellet, Komisyona ilişkin düzenlemelerin oldukça kısa ve öz olduğu, bu noktadan hareketle, bildiriye Komisyonun uygulayabileceği hukuki ve diğer önemli sorunlara ilişkin bir önerinin bulunmadığını belirtti. Ayrıca Komisyon, BM Uluslararası Hukuk Komisyonun hakemliğinin oluşturulması halinde izlenecek usule ilişkin şartları taşımamaktaydı. Bu şartlara göre ilk önce uyuşmazlık tarafları

⁸ Allan Pellet, “ The Opinions of the Badinter Arbitration Committee : A Second Breath for the Self Determination of Peoples, *European Journal of International Law* (EJIL),Vol.3,No.,1,1992, s.178

⁹ AT Dış İşleri Bakanlarının 27 Ağustos 1991 tarihinde Brüksel’de yaptıkları olganüstü toplantı sonrası yayınladıkları bildiri. Bildiri için bkz. Christopher Hill, *European Foreign Policy: Key Documents*, Routledge London, 2000, s.363.

belirlenecek, hakemlik usulü açık bir şekilde ifade edilecek, uyuşmazlık konusu ve uyuşmazlığın özel durumları tanımlanacak, mahkeme kurulacak, uygulanacak hukuk ve hakemlik organın işleyiş usulü, hakemliğin karar verme süreci, zaman sınırı ve kullanılacak diller belirlenecekti¹⁰. Oysaki bildiride sadece hakemlik organının oluşumu ve zaman sınırı belirtilmişti. Bildiride, Hakemlik Komisyonu üyeliğine AET üyesi devletlerin anayasa mahkemesi başkanlarından üçünün atanmasıyla oluşabileceği yer almaktaydı. AET Hakemlik Komisyonu üyeliğine Fransa Anayasa Konseyi Başkanı *Robert Badinter*, Alman Anayasa Mahkemesi Başkanı *Roman Hertzog*, İtalyan Anayasa Mahkemesi Başkanı *Aldo Cora Saniti*, Belçika Hakemlik Mahkemesi hâkimlerinden *Irene Petry* ve İspanya Anayasa Mahkemesi hâkimlerinden *Francisco Tomas y Valiente* atanmıştı¹¹. Komisyon ilk olarak 11 Eylül 1991 tarihinde Paris'te toplandı. *Robert Badinter* Komisyon başkanı seçildi¹².

20 Kasım 1991 tarihinde hakem komisyonu ATYK başkanı *Lord Carrington*'dan bir mektup aldı. *Lord Carrington*'un mektubu şunları içeriyordu: “ Kendimizi büyük bir hukuki sorunla karşı karşıya bulduk. Sırbistan bağımsızlığını ilan eden veya edecek olan diğer cumhuriyetlerin Yugoslavya'dan ayrılacağını düşünüyor. Buna karşın diğer cumhuriyetler sorunun Yugoslavya'dan ayrılma sorunun olmadığını, asıl sorunun bundan sonra nasıl bir birlikteliğin oluşturulacağı sorunu olduğunu düşünüyor. Onlar altı cumhuriyetin Yugoslavya'nın ardıl devletleri olduklarını ve bunlardan hiçbirinin kendisini Yugoslavya'nın devamı olarak kabul etmediklerini düşünüyor. Hakem komisyonunun konuyla ilgili tavsiye ve görüşlerini bildirmesini istemekteyim”¹³.

Lord Carrington' un mektubunu aldıktan sonra dokuz gün sonra Komisyon 29 Kasım 1991 tarihinde Yugoslavya'ya ilişkin düşüncelerini

¹⁰ Pellet, *The Opinions of the Badinter* ,s.331.

¹¹ Grant, *The Recognition of States*,s.154.

¹² Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia*.,s.125.

¹³ Reneo Lukic and Alen Lynch, *Europe from the Balkans to the Urals: The Disintegration of Yugoslavia and the Soviet Union*, A SIPRI Publication,1996.s.276. Petros Sioussiouras,,”The Process of Recognition of The Newly Independent States of Former Yugoslavia by The European Community: The Case of The Former Socialist Republic of Macedonia”, *Journal of Political and Military Sociology*, vol. 32, No.1,2004. ,s.6.

içeren 1 numaralı bildirisini yayınladı¹⁴. Komisyon, Yugoslavya'nın bölünmesi ve yeni devletlerin ortaya çıkmasının görüşmeleri etkileyeceğini açıkladı. Eğer Komisyon Sırbistan'ın Yugoslavya'nın dağılma sürecine ilişkin düşüncelerini desteklerse, o zaman, Komisyon *Milloseviç*'in büyük Sırbistan'ı kurması halinde uluslararası toplumun bunu tanıyacağına Sırbistan'ı ikna edebilirdi. Eğer komisyon aksine, Yugoslavya'nın dağılmasını haklı bulursa, bölgede özellikle Bosna – Hersek ve Makedonya'da çatışmaları alevlenebilir. *Lord Carrington*'a göre eğer anlaşma sağlanamazsa, bağımsız olan cumhuriyetlerin tanınması ilerde Balkanlar'da çatışmaların tekrar ortaya çıkmasına yol açabilir¹⁵.

Yugoslavya'nın durumu değerlendirildiğinde, Komisyon Yugoslavya'nın hukuki olarak varlığını korumasına rağmen, Yugoslavya'yı oluşturan bazı cumhuriyetlerin bağımsızlıklarını ilana istekli olduğunu gördü. Slovenya'da ve Hırvatistan'da referandum yapıldı¹⁶. Bu referandumda halk, bağımsızlık yönünde oy kullandı. Bosna-Hersek Parlamentosu da bağımsızlık yönünde karar aldı.

Komisyonun önemli bir bulgusu da federal yapıyı oluşturan temel kurumlarla ilgiliydi. Bu kurumlardan olan federal başkanlık, federal başkanlık konseyi, cumhuriyetler ve özerk bölgeler konseyi, federal yürütme konseyi, anayasa mahkemesi ve federal ordunun artık federal devlete bağlılıkları azalmış veya yok olmuştur¹⁷. Çatışmaların yayılması ve binlerce insanın yaşamına mal olmasına rağmen, çatışma tarafları BM ve AET gözetiminde ateşkesin sağlanması konusunda isteksiz davrandılar. Yugoslavya'nın dağılması artık kaçınılmaz hale gelmişti. Cumhuriyetler, uluslararası hukukun uyulması gereken zorunlu kuralları, özellikle azınlık hakları ve insan haklarının tanınması konusundaki sorunlarını çözme sorumluluğunu yükümlenmişlerdi. Komisyon, devlet ayrılmasını “uluslararası ilişkiler çerçevesinde sorumluluğun bir devletten diğer bir devlete geçmesi” şeklinde tanımlamıştı. Komisyon bunun uluslararası hukuk çerçevesinde çözülmesi gereken bir sorun olduğunu ve 1978 ve

¹⁴ Snežana Trifunovska , *Yugoslavia Through Documents From its Creation to its Dissolution*, Martinus Nijhoff Publishers 1994, s. 415-418. Komisyon 29 Kasım 1991 ile 13 Ağustos 1993 yılları arasında 15 bildiri yayınladı.

¹⁵ Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia*,s.149-150.

¹⁶ 8 Ocak 1991 tarihinde Slovenya ve Hırvatistan'da referandum yapıldı.

¹⁷ Benedict Kingsbury,, “ Claims by Non- State Grups in International Law”, *Cornel International Law Journal*, Vol.25, No.3,1992, s.506-507.

1983 Viyana Sözleşmeleri uluslararası teamül hukuku ilkeleri çerçevesinde bir devletten ayrılma sürecinin nasıl olması gerektiğini belirtti¹⁸.

Komisyon, Yugoslavya'nın birliğinin korunmasının ancak birliği oluşturan cumhuriyetlerin demokratik kurumları oluşturmak için birlikte çalışmalarıyla mümkün olabileceğini açıkladı¹⁹. Bu düşünce, gelişen olaylar nedeniyle geçerliliğini yitirdi. Çünkü Yugoslavya'yı oluşturan cumhuriyetlerin bütün taleplerini karşılayacak yeni demokratik kurumların oluşturulması oldukça güçtü. Buna rağmen, Yugoslavya'nın hukuki varlığı sona ermeden, cumhuriyetlere birlikte yaşayabilme olanağının bulunduğunu hatırlatması bakımından Komisyonun düşüncesi, barışçıl bir çözümdü.

De facto ayrılığı önlemek için Yugoslavya'yı oluşturan cumhuriyetlerin işbirliği yapmaları gerektiği belirtildi. Aksi takdirde çözümsüzlüğün başlayacağına ilişkin Komisyon bulguları bu ciddi duruma bir delildi. Bu bulgular, Komisyonun cumhuriyetlere bağımsızlık ilanını ertelemeleri yönündeki tavsiyesini desteklemekteydi. Çünkü bu görüşmeler süreci sonunda ya Yugoslavya'nın bütünlüğünün sağlanmasıyla sonuçlanacak ya da Yugoslavya'nın parçalanması sürecini hızlandıracaktır. Diğer yandan, Hırvatistan ve Bosna-Hersek sınırları içinde yaşayan Sırların durumu da belirgin değildi. Görüşmeler sürecinde cumhuriyetlerin bağımsızlıklarını ertelemelerinin istenmesinin bir nedeni de buydu. Çünkü Hırvatistan ve Bosna-Hersek'te yaşayan Sırlar ayrılan devletlerin vatandaşları mı olacaklar? Yoksa Yugoslavya'nın vatandaşları olarak mı kalacaklar sorunu çok önemliydi²⁰. Bu sorunun barışçıl çözümü, görüşmelerin başarısına bağlıydı.

16 Kasım 1991 tarihinde yapılan AET Bakanlar Konseyi toplantısında "Sovyet Birliği ve Doğu Avrupa'daki Devletleri Tanıma Bildirisi" yayımlandı²¹. Yönergeler ve Bildiriler yeni devletlerin tanınması için ortak bir sistem yaramaktaydı²². 23 Aralık 1991 öncesi AET ve üye devletleri tarafından tanınmayı isteyen Yugoslav Cumhuriyetleri resmi

¹⁸ Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia*, s.151.

¹⁹ Kingsbury, *Claims by Non- State Grups ...*, s.506.

²⁰ Grant, *The Recognition of States*, s.159.

²¹ Bildiri metni için bkz. Declaration on the 'Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union, *EJIL*, Vol.4, No.1, 1993, s.72.

²² Grant, *The Recognition of States*, s.157.

olarak tanınmak istediklerini onlara bildirdiler. Böylelikle bu devletler aşağıdaki maddelerde belirtilen düşünceleri de doğruladılar:

- Yugoslavya Taslak Antlaşmasında²³ belirtilen ulusal ve etnik haklar ile insan haklarına ilişkin hükümleri kabul ettiklerini
- BM Genel Sekreter ve Güvenlik Konseyinin barışçıl çabalarını ve Yugoslavya Konferansı sürecini desteklediklerini
- “Yeni devletlerin tanınması yönergesi ”ne bağlı kalacaklarını kabul ettiler²⁴.

Kriterlerin yeterli olup olmadığı Konferans tarafından kararlaştırılacaktı. Tanınma başvurusu yapıldıktan sonraki aşamada (2. aşamada) Komisyon başvurusu ana hatlarıyla değerlendirecekti. 16 Aralık 1991 tarihli Bildiri’ de 23 Aralık 1991 tarihine kadar tanınma için başvuran cumhuriyetlere cevabın 15 Ocak 1992 tarihinden önce verileceği belirtilmekteydi. Hakemlik Komisyonu başvurunun bildiri ve yönergelere uyumuna karar vermek için, aday cumhuriyetin başvuru koşullarını sağlayıp sağlamadığı üzerinde çalışacaktı²⁵. Yönergeler şunları ifade etmektedir: “AET ve onun üyeleri Paris Şartı ve Helsinki Son Senedi ilkelerine özellikle self-determinasyon hakkına ilişkin olana bağlıdır. Onlar her bir olayın siyasi koşulları ve uluslararası uygulamanın standartları çerçevesinde tanınmaya hazırdırlar. Bu kapsamda, tarihi değişikliklerin yaşandığı bu bölgedeki yeni devletler, demokratik bir yapı oluşturacaklarına, uluslararası yükümlülüklere uymayı kabul edeceklerine ve iyi niyetle görüşmelere ve barış sürecine katılacaklarına söz vermelidirler”²⁶.

Yeni devletlerin tanınma sürecine ilişkin olarak uymaları zorunlu koşullar şunlardır:

- Özellikle insan hakları, demokrasi, hukuk kuralarına ilişkin hükümler bakımından Paris Şartı, Helsinki Son Senedi ve BM Şartında belirtilen hükümlere saygı duyulacaktır

²³ Yugoslavya taslak Sözleşmesi için bkz. Trifunovska , *Yugoslavia Through Documents*, s.357-365.

²⁴ Roland Rich, “Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union”, *EJIL*, Vol.4, No.1,1993 ,s.41.

²⁵ Grant., *The Recognition of States*,s.159. Sioussiouras,,”The Process of Recognition.,s.5.

²⁶ Grant., *The Recognition of States*,s.157-158.

- AGİT çalışmalarında kabul edilen etnik, ulusal gruplar ve azınlıkların haklarını garanti altına alınmasına ilişkin kurallara uyulacaktır.
- Güvenlik ve bölgenin düzeni açısından da nükleer çalışmalar ve silahsızlanmada ilgili sorumluluklar kabul edilecektir.
- Bölgesel uyuşmazlıklar ve devletlerin ayrılmasına ilişkin tüm konuları ilgilendiren Hakemlik Komisyonu ve ilgili antlaşmalara bağlı kalınacaktır.
- AET ve üye devletleri, komşu devletlere saldırılarda bulunan oluşumları devlet olarak tanımayacaktır.
- Tüm bu koşullar bir oluşumun AET ve üye devletler tarafından devlet olarak tanınması ve diplomatik ilişkilerin kurulmasının yolunu açan ilkelere²⁷.

16 Aralık Bildirgesi bunlara ek olarak yeni tanınma koşulları getirmişti. Bunlar; AET ve üyelerinin Yugoslavya'dan ayrılan cumhuriyetleri tanımaları için bu devletlerin, öncelikle, Topluluk üyesi komşu devletlere yönelik toprak talebinde bulunmayacaklarına ilişkin anayasal ve siyasi garantiler vermeleri ve topluluk üyesi komşu devletlere yönelik düşmanca propaganda yapmamaları gerekmektedir²⁸.

Tüm Bildiri içinde en önemli konu bu ek koşullardı.16 Aralık Bildirgesinde belirtilen tanınmanın üçüncü ve son aşaması “uygulama”dır. Eğer, Hakem Komisyonu bir aday cumhuriyetin bu kriterleri taşıdığına karar verirse, bildiriye belirtilen 15 Ocak 1992 tarihinde AET ve üye devletleri cumhuriyeti tanımayı kabul edeceklerdir²⁹.

Yugoslavya'ya ilişkin Bildiri ile Tanıma Yönergesinin kabulü ve Yugoslavya'yı oluşturan cumhuriyetlerin çoğunun tanınma başvurusu yapmalarından sonra 11 Ocak 1992 tarihinde Komisyon Yugoslavya'ya ilişkin düşüncelerini 2 ve 3 numaralı bildirilerini yayınladı. Komisyon bu bildirilerinde, görüşmelerin iyi gitmediğini ve Yugoslavya'nın tek bir ülke olarak devam etmesinin mümkün olmadığını belirtti³⁰. Komisyon 2 numaralı bildirisinde, *Lord Carrington* tarafından yöneltilen soruyu tartışmaya açtı. Bu soru, Hırvatistan ve Bosna-Hersek'te bulunan Sırpların self-determinasyon hakkının olup olmadığı sorusuydu. Hakem

²⁷ Rich., “Recognition of States...s.42.

²⁸ EPC Press Release 129/91, 16 December 1991.

²⁹ Grant., *The Recognition of States*, s.159-160.

³⁰ Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia*,s.152.

Komisyonu, self-determinasyon hakkının tanımını yapamadı. Bu tanımlama, Komisyonun yetkisinin ve görev alanının üzerinde çok ağır bir yükü. *Self-determinasyonun* tanımı ve bu hakkı kullanma koşulları henüz uluslararası hukukta bile açık bir şekilde *kodifikasyonu* yapılmamıştır³¹. Komisyon, *self-determinasyon* hakkının devletlerin anlaşmaları haricinde bağımsızlıklarını ilan etmelerinin sınırların değiştirilmesi anlamına gelmediğinin altını çizdi³².

Komisyon Bosna-Hersek ve Hırvatistan'daki Sırpların durumunu açıklamak için azınlık haklarını dile getirdi ve çatışma halindeki devletlerin içindeki bir ya da daha fazla dini, etnik ya da dilsel grupların "uluslararası hukuk kapsamında kimliklerinin tanınması" hakkına sahip olduklarını belirtti. 1 no'lu bildirimde belirtildiği üzere Komisyon azınlık haklarını "*jus cogens*" olarak da nitelendirdi. Bununla Bosna-Hersek ve Hırvatistan'daki Sırpların azınlık hakları hem ulusal hem de uluslararası hukuk bağlamında ve *Carrington'un* taslak antlaşmasında³³ garanti altına alınmak istenmekteydi. Bu hakların korunması ve geliştirilmesi konusunda ilgili devletlerin çaba göstermesi istenmekteydi. *Self-determinasyon* ve azınlık hakları kavramları birleştirilince, Komisyon, insan haklarının güvence altına alınması şeklinde self-determinasyonu tanımlayan 1966 yılında imzalanmış bulunan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye atıfta bulundu. Bu uygulama, kişilere yaşadıkları ülkede kendi milletlerini de seçme hakkını veriyordu. Sırplar yaşadıkları ülkenin vatandaşiyken kendi kimliklerini de kullanacaklardı. Burada çifte milliyetlilik kavramı ortaya çıkabilecektir³⁴.

3 numaralı Komisyon bildirisi, Hırvatistan-Sırbistan ve Bosna-Hersek-Sırbistan sınırlarına ilişkindi. Çünkü Hırvatistan ve Bosna-Hersek'in tanınma talepleri 1 no'lu bildirimden sonra ortaya çıktı. Komisyon cumhuriyetler arası iç sınırların uluslararası hukuk ilkelerine göre çizileceğini belirtti³⁵.

³¹ Badinter Komisyonu 2 no'lu bildirisi için bkz. B.G. Ramcharan, *The International Conference on The Former Yugoslavia*, Official Papers, vol.2, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston,1997, s.1262.

³² Ibid.

³³ Carrington'un taslak antlaşması için bkz. Trifunovska , *Yugoslavia Through* ,s. 415-418.

³⁴ Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia*,s.155. Grant, *The Recognition of States*.,s.160.

³⁵ Grant, *The Recognition of States*.,s.160.

Komisyon Yugoslavya'nın dağılmasıyla birden çok yeni devletin ortaya çıkacağını, özellikle de Bosna-Hersek ve Hırvatistan arasındaki sınır uyumsuzluğuna aşağıdaki ilkeler doğrultusunda çözüm getirileceğini belirtti. Bu ilkeler şunlardır:

- Bütün dış sınırlar, BM Şartı, devletlerarası işbirliği ve dostluğu ilgilendiren uluslararası hukuk kuralları ve bildirimlere, Helsinki Son Senedi ilkelerine ve 1978 Viyana Sözleşmesinin devletlerin ayrılması konusunu düzenleyen 11. maddesine uygun bir şekilde çizilecektir.
- Hırvatistan – Sırbistan, Bosna-Hersek – Sırbistan ve muhtemel komşu devletlerarasındaki sınırlar özgürce yapılmış antlaşmalar dışında, değiştirilemez.
- Başka bir şekilde antlaşma yapılmazsa, ilk sınırlar uluslararası hukuka göre korunacaktır.
- Uluslararası hukuk ilkelerine göre sınırları kuvvet kullanarak değiştirmenin hiçbir hukuki geçerliliği yoktur³⁶.

Yugoslav yetkililer Yugoslavya'nın 1974 Anayasasının 5. maddesinde Yugoslavya'nın toprak bütünlüğüne yönelik her türlü girişimin, yasa dışı olduğunun belirtildiğini ileri sürdüler. Yine, bu maddeye göre, Yugoslavya bölünmez bir bütündür, bir cumhuriyetin sınırı, cumhuriyetlerin izni olmadan değiştirilemez. Cumhuriyetler arasındaki sınırlar karşılıklı antlaşmalar dâhilinde değiştirilebilir. Federal yetkililer Yugoslavya'nın dış sınırlarının değiştirilmesinde bütün cumhuriyetlerin rızası olmasının önemini belittiler³⁷. Komisyon, uluslararası hukuk ilkelerine göre var olan sınırların zorla değiştirilemeyeceği³⁸ sonucuna vardı.

3 nolu bildiriye AET'nin adayları tanınmasının 15 Ocak 1992 tarihinde olacağını, bu nedenle tanınma talebinde bulunmak isteyen bütün adayların başvurularını 23 Aralık 1991 tarihine kadar yapmaları gerektiğini belirtiyordu. Verilen 23 günlük sürede Komisyon, tavsiyesini hazırlayacaktı. Avrupa Konseyi başvuruları kabul ettiği bir sırada tanınma koşullarını içeren Yönerge yayınlandı.

³⁶ Alain Pellet, Appendix: Opinions No. 1, 2 and 3 of the Arbitration Committee of the International Conference on Yugoslavia, EJIL, vol.3, no.1, 1992,s.184-185.

³⁷Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia* ,s.156.

³⁸ BM Şartı, Helsinki Son Senedi.

Komisyonun tanıma kararına etkisi sözde gibi görünse de AET tanınmak için başvuran adaylar arasında Komisyonun tavsiyesi bağlamında harekete geçmeye niyetlendi. Almanya, tanınma yönergesi çerçevesinde tanıma yapacağını, bu bağlamda Slovenya ve Hırvatistan'ı tanımasına rağmen Bildiriye uymak için bu tanınmanın ilanını 15 Ocak 1992 tarihine kadar erteledi. Aksi durum, açıkça, Komisyonun kararının önemsenmemesi anlamına gelmektedir³⁹.

Komisyon, bağımsızlık ve tanınma kriterlerine uyup uymadığını incelemeyen önce Slovenya'nın oluşumuna onay veren 23 Aralık 1990 tarihli referandumdan söz etmektedir. Komisyon, Slovenya'nın bütün kriterleri taşıdığı için altını çizdi. Fakat Komisyon doğrudan ve net ifadelerle tanımayı tavsiye etmedi. 15 Ocak 1992 tarihinde AET Slovenya'yı tanıma kararını ilan etti⁴⁰. Komisyon, Bosna-Hersek'in adaylığını da önemli bir konu olarak ele aldı ve referandum önerilerini destekledi. Ayrıca Komisyon, Bosna-Hersek'in nüfusunun tümünün isteğini karşılanmadığı için tanıma başvurularının yeterli olmadığını düşündü⁴¹.

Komisyon, Bosna- Hersek' in Müslüman ve Hırvat halkları Yugoslavya'ya karşı olan tutumlarını değiştirmezlerse, Bosna-Hersek sınırları içinde Sırp-Bosna-Hersek Cumhuriyetinin oluşumu için 10 Kasım 1991 tarihinde Sırp nüfusun çağrısı olduğunu biliyordu⁴². Müslüman ve Hırvat halkları tutumlarını değiştirmediklerinden dolayı 9 Ocak 1992 tarihinde Bosna Sırpı Bosna – Hersek Sırp Cumhuriyetini ilan etti⁴³. Hakem Komisyonu Bosna-Hersekli Sırpın Bosna Hersek Sırbistan Cumhuriyetini egemen ve bağımsız bir devlet olarak oluşturma isteklerinin devlet olmanın tüm koşullarının sağlanıncaya kadar tamamen onaylanmayacağına karar verdi. Komisyon, uluslararası gözlemciler denetiminde Bosna-Hersek'in tüm bölgelerinde yaşayanların katılacağı bir referandumun yapılmasını önerdi. Bosna-Hersek yetkililerince 29 Mart–1 Nisan 1992 tarihleri arasında referandum düzenlendiğinde Bosnalı Sırp bu halk oylamasını boykot etti. Fakat referandumda oy kullanan

³⁹ Terrett, *The Dissolution of Yugoslavia*,s.163.

⁴⁰ Rich, "Recognition of States...",s.45.

⁴¹ Ibid.,s.46.

⁴² Grant, *The Recognition of States*,s.161.

⁴³ Klejda Mulaj, "A recurrent tragedy: Ethnic Cleansing as a Tool of State Building in The Yugoslav Multinational Setting", *Nationalities Papers*, vol. 34, No. 1, 2006, s.37.

seçmenlerin %99'u bağımsızlıktan yana oy kullandılar⁴⁴. 7 Nisan 1992 tarihinde AET Bosna-Hersek'in bağımsızlığını tanıdı⁴⁵. Bu tanımadan sonra, Bosna-Hersek'te çatışmalar bir anda alev aldı. *Robert Badinter*, Komisyon önerisinin aksine, uluslararası toplumun Bosna-Hersek'i tanınmasının büyük bir hata olduğunu açıkladı. *Badinter*, Bosna-Hersek'in tanınmasının çok erken olduğunu, bu tanımayla bölgenin daha da gerginleşeceğini ileri sürdü. *Badinter'e* göre AET bölgede durumun sakinleşmesine kadar beklemeliydi. Onun görüşüne göre; Bosna-Hersek'in tanınması hataydı; çünkü ülkede yaşayan taraflar aynı devlette yaşamak konusunda anlaşmamışlardı. Bu nedenle *Badinter*, Bosna-Hersek'in üçe bölünmesini istiyordu⁴⁶.

Komisyon Carrigton taslak Sözleşmesinin⁴⁷ 2. bölümünün 2. maddesinde “ özel statü” başlığı altında belirtilen ilkelerin Hırvatistan anayasasında yeterince yer almadığını belirtti. Bundan dolayı, Komisyon Hırvatistan'ın tanıma kriterlerini tam olarak yerine getirmediğinden dolayı tanınmaması gerektiği yönünde görüş açıkladı. Buna karşın, Komisyon 4 Temmuz 1990 tarihinde Hırvatistan anayasasında yapılan değişiklikte “azınlıkların korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarının yerine getirilmesi gerekir” denildiğini, ancak Hırvatistan'ın Carrigton taslak Sözleşmesinin otonomiye ilişkin hükümleri yerine getirmediğini açıkladı. Komisyon, 5. görüş bildirisinde, Hırvatistan'ın tanıma yönergesinde belirtilen koşulları yerine getirdiğini AET ve üye devletlerince tanınabileceği yönündeki görüşlerini değiştirdi⁴⁸.

18 Kasım 1991 tarihinde Yugoslav Federal Başkanlığınca yayımlanan bildiride *Lord Carrington*'un mektubundaki sorular tartışıldı. Söz konusu Bildiride; “Self-determinasyon hakkı ki bu çekilme ve bağımsızlığı da içeriyor, var olan devletin federe veya otonom bölgeleri için değil, tek bir ulustan oluşan bölgeler için tanınmış bir hak olarak

⁴⁴ Rich, “Recognition of States....”,s.46. Bosna-Hersek'te oy kullanacak seçmen sayısı 3.253.847 kişiydi. Bunlardan 2.073.568 kişisi oy kullandı. Bağımsızlıktan yana oy kullananların sayısı 2.069.969 kişi, karşı çıkanlar ise 6.037 kişiydi.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Timothy William Waters,” Contemplating Failure and Creating Alternatives in the Balkans: Bosnia's Peoples, Democracy, and the Shape of Self-Determination”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 29, No.2, 2004, s. 441.

⁴⁷ Lord Carrigton taslak Sözleşmesi için bkz. Trifunovska , *Yugoslavia Through Documents*, s.357-365.

⁴⁸ Grant., *The Recognition of States*, s.161.

algılanmalıdır. Yugoslavya Başkanlığı, Yugoslavya'yı oluşturan ulusların self-determinasyon hakkı ki ayrılmayı da içermektedir, 1946, 1963 ve 1974 Anayasalarında garanti altına alınmıştır. Fakat bu hakkın kullanımı tek taraflı olmamakta, yasal ve anayasal değişikliklerin yapılmasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, cumhuriyetlerinin hiçbiri bütün cumhuriyetlerin rızasını almadan bağımsızlığını gerçekleştiremeyeceğini, bu yöntemi izlemeden bağımsızlık arayışında olan cumhuriyetler olması halinde burada bulunan Sırların bu cumhuriyetlerden ayrılarak Yugoslavya Federasyonla birleşeceklerini bilmeleri gerektiğini” belirtmişti⁴⁹.

AET, Hırvatistan ve Slovenya'yı tanımının bağımsız bir devletin iç işlerine karışmak, uluslararası hukukun ihlal edilmesi, uluslararası ilişkilerde tehlikeli gelişmelere neden olacağını kendisinin belirtmesine rağmen, iki devletin bağımsızlığını tanıdı⁵⁰. Komisyon 4 Temmuz 1992 tarihli 8. nolu bildirisinde Yugoslavya'nın resmen dağıldığını kabul etti⁵¹. Komisyonun yetki alanı geleneksel olarak uyumsuzluk taraflarının rızasına bağlıydı. Dolayısıyla, bu durum Komisyonun uyumsuzluk konuları üzerindeki yetkisini sınırlıyordu. Her ne kadar Komisyon kararları, tavsiye niteliğinde ve bağlayıcılığı olmayan kararlar ise de, bunlar uluslararası hukukun gelişimini teşvik etme gibi bir rol üstleniyordu. Bu kararlar güç kullanılarak uygulanmamasına rağmen, başka bir deyişle Komisyon kararlarının uygulamasından dolayı siyasi veya ekonomik zararlar ile karşılaşabileceğini düşünerek uygulamadan kaçınma, bu devletlerin kararları uygulamaması veya ihlal etmesi halinde uluslararası toplum veya bireysel olarak devletlerin yaptırımıyla karşılaşmayacağı anlamına gelmez. Birçok hukukçu, *Badinter* Komisyonu'nun çalışmalarının Avrupa'da görüşmeler yoluyla karar alma ve toplu tanımada yeni açılımlar sağladığını ileri sürmüştür. Bu deneyim, uluslararası teamül hukukunun gelişmesine katkı sağlayabilir ve yeni devletlerin tanınmasına ilişkin mevcut uygulamanın bir parçasını oluşturabilir.

⁴⁹ Trifunovska, “Yugoslavia through.. s.475-478.

⁵⁰ AT'nin tanıma kararları metni için bkz. Türk, a.g.e.,s.76,82.

⁵¹ Grant, *The Recognition of States*,s.162.

Badinter Komisyonu aldığı kararlar yeni devletlerin tanınması bakımında uluslararası hukukta gelişmelere yol açmıştır. Genel yaklaşım genel prosedürle yapılan ilk değerlendirmelerin içindeki mekanizmalar yoluyla toplu tanıma durumlarıyla sonuçlanmıştır. *Badinter* Komisyonu bunun en açık örneği. Avrupa ülkelerinin pozisyonları sıklıkla ABD tarafından da paylaşılmıştır. AET'nin Aralık 1991'de devletlerin tanınmasına ilişkin yayınladığı Deklârasyon eski Yugoslavya Cumhuriyetlerinin ayrılık kararlarının tanınması üzerindeki etkisi sınırlı olmasına karşın, Komisyonun devletlerin ayrılışı konusundaki gerekçeleri uluslararası hukuk kurallara etkisi göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir. Ayrıca, Komisyonun bu konuda aldığı kararlar gelecekte dünyanın birçok yerindeki ayrılıkçı hareketlerin başvuru kaynağı olabilecek niteliktedir⁵². Bu nedenle Komisyon kararlarını bazı kesimler dengeleri gözeten ve tarafsız olarak⁵³ nitelerken, bazı kesimlerde haksızca ve gelecekte sorunlar doğurtacak kararlar⁵⁴ olarak nitelendirilmiştir.

Komisyonun 1. numaralı görüşünde “ Yugoslavya'nın dağılım sürecinde “ olduğu belirtilmekteydi. Ayrılmaya niyetli olan cumhuriyetler bağımsızlık ilanı zamanlamasında birlikte hareket etmediler. Ancak, bunlar Sırbistan ve Karadağ'ın oluşturdukları Yeni Yugoslavya Federasyonunun ilanından önce bağımsızlıklarını ilan ettiler. Slovenya bağımsızlığını ilan ettiğinde, Slovenya eski Yugoslavya ordusunu yenmiş, dolayısıyla fiilen eski Yugoslavya'dan ayrılmıştı. Hırvatistan Yugoslavya'dan ayrılış sürecinde “ayrılmayı kapsayan *self-determinasyon* hakkı”na dayanarak bağımsızlığını ilan etti. Bosna-Hersek ve Makedonya'nın bağımsızlık ilanı ise daha sonraki tarihlerde ilan edildi. Ancak, Slovenya ve Hırvatistanın bağımsızlık ilanı Bosna-Hersek ve Makedonya'nın bağımsızlıklarına göre uluslararası toplum tarafından daha az tepkiyle karşılandı⁵⁵.

⁵² John Dugard, "Secession: Is the Case of Yugoslavia a Precedent for Africa?" *African Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5, 1993, s. 163-175.

⁵³ Allan Pellet, “ The Opinions of the Badinter...”,s.178-181.

⁵⁴ Marc Weller, "International Law and Chaos," *Cambridge Law Journal*, 1993,Vol.52,No.1, 1993,s. 8

⁵⁵ Makedonya eski Yugoslavya Federasyonundan ayrılma konusunda (Bosna-Hersekle birlikte) en temkinli davranmış ve Federasyonun gevşek bir konfederasyon biçiminde devamından yana olmuştur bkz. Şule Kut, *Balkanlarda Kimlik ve Egemenlik*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul,2005,s.5.

Badinter Komisyonu'nun çalışmalarının gösterdiği gibi ülkelerin tanınması genel kriterini geliştirmek için açık bir girişim olduğudur. Bunun amacının keyfi hareketten kaçınıp tanınma ve kabul sürecini daha şeffaf yapma yönünde girilmiş bir çabadır.

Badinter Komisyonunun temel görevi esas olarak Avrupa devletlerinin dağılan Yugoslavya bölgesindeki yeni devletleri tanıyıp tanınamasına karar vermelerine yardımcı olmak için kriterler geliştirmek olmuştur. Bu komisyon ayrılan oluşumların devlet olma şartlarını belirlemek için kararlar yayınladı. Komisyon geleneksel devlet olma kriterine göre çok açık ifadeler kullandı. Aynı yıl içinde, 16 Aralık 1991 tarihinde, Avrupa Topluluğu “Doğu Avrupa ve Sovyet Birliğinin dağılmasıyla kurulan yeni devletlerin tanınması üzerinde ilkeler” i yayınlayarak bu kritere adapte oldu. Bu ilkeler diğer koşulların yanında demokrasiyi, hukuk egemenliğini, insan haklarını, azınlık haklarını, sınırların bozulmazlığına saygının taahhüdünü ve uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlenmesini devletlerin tanınması için kriterler olarak şart koştu. Yine bu ilkelerdeki önemli bir madde de her olayda tanıma gönüllülüğünün hala uluslararası uygulamaların kuralcı standartlarına ve politik realitelere bağlı olmasıydı.

II. KOSOVA'NIN TANINMASI

Kosova nüfusunun çoğunluğu Müslüman Arnavutların oluşturmaktadır. Bununla birlikte, Sırp, Boşnak ve Türk azınlıklarında bulunduğu bir ülkedir⁵⁶. Bu ülke BM'nin aldığı 1244 sayılı kararla⁵⁷ Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (YFC)'nin bir parçası olarak kabul edildi. Ancak, 17 Şubat 2008 tarihinde Kosova tek taraflı bağımsızlık ilan etmesi nedeniyle uluslararası toplum yeniden ilgisi bu bölgeye yöneltti.

1980'li yılların son döneminden itibaren Kosova Balkanların en hareketli bölgesiydi. Bu hareketlilik Sırpların Arnavutlara uyguladığı politikalara ve Kosova'nın statüsüne ilişkin politika değişikliğinden kaynaklanmaktaydı. Sırp ve Arnavutlar arasındaki uyuşmazlığı

⁵⁶ Marie-Janine Calic, "Kosovo in the Twentieth Century: A Historical Account", in *Kosovo And The Challenge Of Humanitarian Intervention: Selective Indignation, Collective Action, and International Citizenship*, Eds.: Albrecht Schnabel & Ramesh Thakur, United Nations University Press, New York, Paris, Tokyo, 2000, s.23.

⁵⁷S.C. Res. 1244, U.N. Doc. S/RES/1244 (10 Haziran 1999), <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 15 Aralık 2009).

Bu düzenlemeler 1974 Anayasasında da yer aldı. 1974 Anayasasıyla, cumhuriyetler “Yugoslavya Federasyonu’nun kurucu unsurları” statüsünü kazandırırken, Kosova ve Voyvodina özerk bölgelerinin kurulduğunu açıklıyordu⁶³.1974 Anayasası ile Kosova’ya tanınan bu özerklik sayesinde Kosova diğer federe cumhuriyetler gibi kendine özgü bir kimliğe kavuşmuştu. Ayrıca, Kosova yasama yargı ve yürütme erklerini de kullanabilmekteydi. Bu hakların yanı sıra Kosova, federal başkanlık da dâhil olmak üzere federasyon organlarında eşit temsil ve oy hakkı elde ediyordu. Ancak Kosova’nın federasyondan ayrılma hakkı bulunmamaktaydı⁶⁴.

1989 yılı Kosova’nın uzun yıllardır önemli bir noktaya getirdiği statüsünün tamamen elinden alınması ve Kosova’nın sıradan bir Sırp bölgesi yapıldığı yıl olmuştur. Kosovalılar bu gelişme karşısında, 28 Aralık 1989 tarihinde, İbrahim Rugova liderliğinde ilk siyasi partileri olan Kosova Demokratik Birliği (KDB)’yı kurmuşlardır⁶⁵. Bu parti kısa sürede Arnavutlar arasında güçlenerek siyasi inisiyatifi ele geçirdi. Diğer bölgelerde de örgütler kurularak, bundan sonra legal ve illegal mücadelede Arnavutlar daha profesyonelce bir varlık sergilemeye başladılar⁶⁶.

28 Eylül 1990 tarihinde Sırbistan Meclisi yeni anayasal değişikliklerle birlikte Kosova ve Voyvodina’nın özerkliğine tamamen son verdi. Bunun üzerine 1991 yılının Eylül ayında Kosova Arnavutları bir referandum yapmayı başardılar. Referanduma katılım oranı %87 oldu. Referanduma katılan seçmenler %99 oranında Kosova’nın bağımsızlığı lehinde oy kullandı⁶⁷.

1991–92 yılları arasında Yugoslavya’yı oluşturan Cumhuriyetlerden Slovenya, Hırvatistan, Makedonya ve Bosna-Hersek’in

⁶³ Kosova ve Voyvodina “ cumhuriyet” olamazlardı, çünkü diğer federe cumhuriyetlerinin aksine Arnavut ve Macarların Yugoslavya dışında ana-devletleri vardı. Bkz. Kut, *Balkanlarda Kimlik...*,s.150.

⁶⁴ Zagar, “ Yugoslavia: What Went Wrong?...s.82.

⁶⁵ Pavlos-Ioannis Koktsidis, “A Success Story? Analysing Albanian Ethno-Nationalist Extremism in the Balkans”, *East European Quarterly*, Vol.XIII, No. 2,2008,s.163.

⁶⁶ Kosovalılar İbrahim Rugova önderliğinde Sırp yönetimine karşı “ sivil itaatsizlik” politikasını izlediler. Kosova’da kendi “paralele devletlerini kurdular.Sırbistan’ın Kosova’daki egemenliğini meşrulaştıracak her şeyden uzak durdular bkz. Kut,, *Balkanlarda Kimlik...*,s.151.

⁶⁷ Ibid.

bağımsızlıklarını ilan etmeleriyle birlikte geriye kalan Sırbistan ve Karadağ, 27 Nisan 1992 tarihinde YFC'yi kurdular⁶⁸. Yeni Yugoslavya'nın anayasasında Kosova'ya ilişkin yeni bir düzenleme yapılmadı.

Bu gelişmelerin sonucunda Kosova'da, başlangıçta Rugova'nın tanımadığı, pek çok Kosovalının destekleme açısından ağır davrandığı Kosova Kurtuluş Ordusu (KKO) adlı, silahlı mücadele yürütmek amacıyla, bir örgüt kuruldu⁶⁹. Örgüt, 1996 yılında, Sırp polislerine yönelik bombalı saldırıların sorumluluğunu yüklenerek adını duyurmaya başladı.

Öte yandan Kosova'da Sırp saldırıları hiç eksik olmuyordu. Eylül 1998'de Sırp lar geniş çaplı saldırılar ve toplu katliamlara başladı. Güçlü Sırp ordusuna karşı, Arnavutların yaşam mücadelesi, çok dengesiz iki güç arasında kıyasıya bir mücadele olarak başlamıştı. Bu mücadelede çok daha güçlü olan Sırp lar, hiçbir evrensel değer, hiçbir insani değer kaygısı taşımadan acımasızca Arnavutları öldürdüler⁷⁰. Diğer yandan, KKO temsilcilerinin de katıldıkları sonuçsuz barış görüşmeleri, Sırp lara zaman kazandırmaktan başka bir sonuç vermiyordu. Bunun üzerine 24 Mart 1999 tarihinde NATO müdahalesi bombardımanlarla başladı. Ancak, bombardıman Sırp ları daha da azdırmıştı. Sırp lar bombalama olayını istismar ederek, masum insanları katletmeyi hızlandırmıştı. Kosovalıların yarısına yakını, çok olumsuz koşullarda anavatanlarını terk etmek zorunda kalmışlardı⁷¹. 12 Haziran 1999 tarihinde NATO güçleri Kosova'yı tümüyle işgal etti⁷².

Savaşın sona ermesini, Sırp silahlı kuvvetlerinin Kosova'dan geri çekilmesi ve yerine NATO'nun Kosova Gücü KFOR'un (Kosovo Force) geçmesi izlemiştir⁷³. Böylece Kosova'da yeni dönem başlamıştır. KFOR'u takiben, BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 Sayılı Kararı gereğince, Kosova

⁶⁸ James Gow, *Triumph of the Lack of Will : International Diplomacy and the Yugoslav War*, Columbia, 1997, s.2

⁶⁹ Koksidsid "A Success Story?...", s.164

⁷⁰ Demjaha, " The Kosovo Conflict...", s.34-36.

⁷¹ Ibid., s.36.

⁷² John J Merriam, " Kosovo and the law of humanitarian intervention, *Case Western Reserve Journal of International Law*; Winter 2001 Vol. 33, No.1, s.146.

⁷³ Adam Balcer, Marcin Kaczmarek and Wojciech Stanistawski, " Kosovo before the final decision; Regulating Kosovo's international status – historical & political conditions and prospects for future developments", *Center for Eastern Studies*, Warsaw, 2008, s.53.

geçici BM yönetimi UNMIK (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*) Kosova'daki misyonuna başlamıştır⁷⁴.

Kosova açısından değerlendirildiğinde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komserliği (UNHCR) verilerine göre, 1999'daki savaşta binlerce Kosovalı Arnavut; Arnavutluk Makedonya ve Karadağ'a göçe zorlanmıştır⁷⁵. 1998–1999 yılları arasında öldürülen ve kayıp olarak gözükenlerin toplam sayısı 10 bin kişi olduğu tahmin edilmektedir⁷⁶. Kosova savaşı sırasında kayıplara karışan binlerce kişinin akıbeti bilinmemektedir⁷⁷. Sırbistan açısından değerlendirildiğinde ise, can kaybı dışında, NATO müdahalesi Sırbistan ekonomisine ağır bir darbe indirmiş, askerî kapasitelerini zayıflatmıştır.

Haziran 1999 sonrası başlayan yeni dönemde, Kosova bazı kazanımlar sağlamayı başarmıştır. UNMIK 'in denetiminde bağımsız devletlere özgü bütün kurumlar, tedrici bir şekilde Kosova'da kurulmuştur. Bu gelişmeler, Kosova'nın nereye doğru gittiğinin önemli bir göstergesiydi. Yine de, 1999 yılındaki savaşın sona ermesinden 2007 yılı ortalarına kadar, Batılılar Kosova'da hep statükocu politika izlemiş ve nihai statünün belirlenmesi konusunda isteksiz davranmıştır. Bu nedenden ötürü, 2007 yılına kadar uluslararası toplum Kosova sorunun çözümü doğrultusunda ne Sırlara, ne de Arnavutlara ciddi bir baskı yapmıştır. Ne var ki, statükonun daha uzun süre devam edemeyeceği ortadaydı. Kosovalıların değişik sorunları bulunmakla beraber, Kosova'nın nihai statüsü ile ilgili belirsizlik en çok rahatsızlık veren konuydu.

⁷⁴ Peter Hilpold, "The Kosovo Case and International Law: Looking for Applicable Theories", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 8, No.,2009, s.51.

⁷⁵ John J Merriam, " Kosovo And The Law Of Humanitarian Intervention", *Case Western Reserve Journal of International Law*,Vol. 33, No.1,2001, s.137.Kut., *Balkanlarda Kimlik...*,s.146.

⁷⁶ Duska Anastasijevic, " The Closing of the Kosovo Cycle: Victimization Versus Responsibility", *Kosovo and The Challenge Of Humanitarian Intervention: Selective Indignation, Collective Action, and International Citizenship*, Eds.: Albrecht Schnabel & Ramesh Thakur, United Nations University Press, New York, Paris, Tokyo, 2000,s.57.

⁷⁷ Mary Ellen Keough and Margaret F. Samuels," The Kosovo Family Support Project: Offering Psychosocial Support for Families with Missing Persons", *Social Work* , Vol. 49, No. 4 , 2004,s.589.

A. Kosova Olayları Farklılığı

1999 yılındaki NATO ile YFC⁷⁸ silahlı kuvvetleri arasındaki çatışmalar sonrasında YFC ordusu Kosova'dan çekildi. Aynı yılda Kosova BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı 1244 sayılı karar⁷⁹ çerçevesinde oluşturulan BM yönetimi tarafından idare edilmeye başlandı. Karar gereğince, 15 Mayıs 2001 tarihinde Kosova geçici yönetim anayasal çerçeve kabul edildi⁸⁰. Kasım 2005'te ise Finlandiya Eski Devlet Başkanı *Ahtisaari* BM Genel Sekreteri özel temsilcisi sıfatıyla taraflar arasında Kosova'nın geleceğinin belirlenmesi konusundaki görüşmeleri yürütmekle görevlendirildi. *Ahtisaari* görüşmeler süresince taraflar arasında uzlaşmanın mümkün olmadığını gördü. Çünkü Sırbistan Kosova'nın kendisine bağlı özerk bir eyalet olmasında diretirken, Kosova temsilcileri bağımsızlıktan başka bir çözümü kabule yanaşmamışlardı⁸¹.

20 Şubat 2006 tarihinde bir yıldan biraz fazla sürecek olan müzakereler süreci fiilen başlatılmıştır. Sırbistan ile Kosova arasında Viyana'da gerçekleşen 19 müzakere turunun ardından, BM Kosova Özel Temsilcisi *Marti Ahtisaari*, Kosova'nın statüsü üzerine hazırladığı iki parçadan oluşan nihai raporunu 14 Mart 2007 tarihinde BM Genel Sekreteri'ne sunmuştur⁸². Kosova için uluslararası toplum tarafından denetlenen bir bağımsızlık tanınmasını öneren rapor; ABD, AB ve NATO

⁷⁸ YFC Sırbistan ve Karabağ Cumhuriyetleri tarafından 27 Nisan 1992 yılında kuruldu. YFC BM Genel Kurulunun 1 Kasım 2000 tarihinde aldığı A/RES/55/12 sayılı kararla BM'ye üye oldu. 4 Şubat 2003 tarihinde YFC Meclisinin aldığı kararla Cumhuriyetin adı Sırbistan ve Karadağ olarak değiştirildi. 3 Haziran 2006 tarihinde Karadağ bağımsızlığını ilan etmesiyle Sırbistan-Karadağ devleti ortadan kalktı.

⁷⁹ 1244 sayılı Karar için bz. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 15.12.2008)

⁸⁰ Kosova Geçici Anayasa Türkçe metni için bkz. http://www.unmikonline.org/pub/misc/FrameworkPocket_TUR.pdf (Erişim tarihi 04.01.2009)

⁸¹ Kosovanın Gelecekteki Statüsüne İlişkin BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi Marti Ahtisaari Raporu 2. Paragraf <http://209.85.129.132/search?q=cache:Ko9EKm81PUgJ:www.unosek.org/docref/reportenglish.pdf+Report+of+the+Special+Envoy+of+the+SecretaryGeneral+on+Kosovo%27s+Future+Status&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr> (Erişim tarihi 04.01.2009)

⁸² Ibid.

ittifakında geniş destek bulmuştur⁸³. Raporun açıklanmasından hemen sonra, *Ahtisaari* raporuna dayanarak, BM Güvenlik Konseyi'ne sunulmak üzere bir karar tasarısı üzerinde çalışılmaya başlanmıştır. Taslak birkaç defa gözden geçirilmiş ve Kosova'ya bağımsızlık kapısını açtığı için her seferinde Rusya'nın engeline takılmıştır⁸⁴. Bu nedenle, Fransa, İtalya, Rusya Federasyonu, İngiltere, ABD ve Almanya'dan oluşan Temas Grubu, Sırbistan ile Kosova arasındaki müzakerelerin AB, ABD ve Rusya temsilcilerinin oluşturduğu "Troykanın" arabuluculuğunda devam etmesine karar vermiştir⁸⁵.

Yeni müzakereler 10 Ağustos 2007 tarihinde fiilen başlatılmış ve herhangi bir sonuç alınamadan 10 Aralık 2007 tarihinde sona erdirilmiştir⁸⁶. Batılı devletler Kosova bağımsızlığını destekledikleri için, bundan sonra herkes bağımsızlık ilanının gündeme getirilmesini beklemeye başlamıştır.

17 Şubat 2008 tarihinde Kosova parlamentosunun yaptığı özel oturumda Kosova'nın "bağımsız, egemen ve demokratik" bir ülke olduğunu ilan eden bir bağımsızlık bildirgesini yayınladı. 15 Haziran 2008 tarihinde de Kosova geçici anayasası yürürlüğe girdi. Kosova 10 ülkede de büyükelçilik açtı. Kosova'nın bağımsızlığı daha önce örneğine rastlanmaya bir durumdu. Bu durum *Ahtisaari*'in ve Kosova konusunda hazırlanmış olan diğer raporlarda da açık bir şekilde belirtilmiştir. Kosova olayı gelecekte meydana gelebilecek benzer durumlar için bazı uygulamaların olabileceğini göstermiştir. Bunlardan biri, mevcut devletler var olabilecek sınır sorunlarının çözümünde ilgili sorunlu bölge uluslararası bir yönetim oluşturulabilir. İkincisi, devletten devlete değişiklikler göstermekle birlikte çoğunluğun baskısında bulunan farklı dil, din, ırk ve kültüre sahip azınlıkların ayrılma istemlerini güçlendirebilir. Üçüncüsü, birlikte yaşama arzusu bulunan federal yönetimlere sahip veya

⁸³ Zhidas Daskalovski," The Independence of Kosovo and the Consolidation of Macedonia—A Reason to Worry?, *Journal of Contemporary European Studies*, Vol. 16, No. 2, , 2008,s.268.

⁸⁴ Steven Erlanger," Yugoslavs Demand a Role in U.N. Kosovo Settlement", *N.Y. TIMES*, 22 Mayıs1999.

⁸⁵ Bkz UNMIK haber arşivi http://www.unmikonline.org/archives/news01_08.htm (Erişim tarihi 11.01.2009)

⁸⁶ Troika'nın falliyetleri için bkz. Marc Weller, Kosovo's final status, *International Affairs*, Vol. 84,No.6 , 2008, s.1227-1229.

iki ve daha çok etnik grubu barındıran ülkelerde ayrılıkçı talepleri güçlenmesini teşvik edebilir.

Kosova'nın bağımsızlığı daha önce örneği görülmemiş bir karmaşık süreç sonucu ilan edilmiştir⁸⁷. 1999 yılında Kosova'da uluslararası bir yönetim kurulmuştur. Bir devletin temel fonksiyonlarının oluşturan yasama, yürütme ve yargı erkleri BM tarafından oluşturulmuştu⁸⁸. Buna ilaveten, Sırbistan'ın Kosova ile olan bütün bağları koparılmıştı. Böylece, BM bir devletin sahip olması gereken güç erklerini sınırları belirli bir ülke üzerinde kullanmıştır.

Kosova olayında daha önce örneğine rastlanmayan bir şekilde birçok olay kısa bir sürede birlikte yaşanmış olmasıdır. Bunlar; Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyetinin ortadan kalkması, tarih boyunca Kosovalıların etnik temizliğe maruz kalmaları, Kosovalı sivillere karşı işlenen insanlığa karşı suçlar ve Kosova'da BM yönetiminin oluşturulmasıdır. Bu özelliklerden dolayı Kosova olayı kendisine has özelliklere sahiptir.

B. Kosova'nın Bağımsızlığının Dayanağı

Kosova'nın bağımsızlık ilanın hukuki dayanağı konusunda görüş birliği yoktur⁸⁹. Bağımsızlık deklârasyonu incelendiğinde, deklârasyon insanları “yurttaşlarının gurur duyabileceği insanca yaşanabilecek bir toplum oluşturmaya” davet etmektedir. Kosova parlamentosunun ilan ettiği bağımsızlık deklârasyonu “ halkın bu konudaki isteği” ve *Ahtisaari*

⁸⁷ Kosova sömürgeci devletlerin vesayetinde yada işgalinde olan bir ülke değildi ki, BM self-determinasyon ilkesi uygulanabilirdi. Kosova gibi Doğu Timor da uluslararası müdahale ile bağımsızlığına kavuştu. Ancak iki olay arasında fark vardır. Doğu Timor BM Genel Kurulunun 15 Aralık 1960 tarihinde aldığı 1542 sayılı kararla Portekiz'in vesayetine verilmişti. 1975 yılında Endonezya'nın askeri müdahalesine maruz kalan Doğu Timor Endonezya'nın 27 vilayeti oldu. 30 Ağustos 1999 tarihinde Doğu Timor'da yapılan halk oylamasıyla bağımsızlığına kavuştu. Endonezya Halk Meclisi Doğu Timor'un bağımsızlığını 1999 yılında tanıdı.

⁸⁸ Iliriana Islami, “the Insufficiency of International Legal Personality of Kosova as Attained Through The European Court of Human Rights: a Call for Statehood” , *Chicago-Kent Law Review* , Vol.80,No.1, 2005,s.89-91. Erika de Wet, The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and The Establishment and Functioning Of Eulex , *The American Journal Of International Law* , Vol.103,No.1,2009,s.84.

⁸⁹ Kosova'nın bağımsızlığına ilişkin farklı görüşlerin ayrıntıları için bkz. Henry H. Perritt , Jr., “Resolving Claims When Countries Disintegrate: the Challenge of Kosovo” , *Chicago-Kent Law Review* , Vol.80,No.1, 2005, S.121-123.

raporu ve BM'nin Kosova statüsünün çözümüne ilişkin kapsamlı teklifine binaen ilan edilmişti.

Daha sonra yaşanan gelişmelere bakıldığında *Ahtisaari* raporunun bağımsızlık deklârasyonunun ilanına neden olabilecek gelişmeleri hızlandırdığı görülmüştür. Rapordan sonra AB, ABD ve Rusya temsilcilerinden oluşan *troika* iki taraf arasında sorunu çözmek için çalışmalar yapmaktaydı. Bu süreçte, görüşmeler dört ay sürdü. Ancak, iki tarafta temel konularda görüşlerinden taviz vermediğinden yapılan görüşmeler sonuçsuz kaldı. Sonuçta, 16 Şubat 2008 tarihinde BM Güvenlik Konseyinin Kosova'nın statüsüne ilişkin yapmış olduğu toplantıda sonuç alınmadı.

Bütün bu çabalara karşın iki taraf arasında bir çözüm sağlanamadı. Fakat bu süreçte Kosova sorunu uluslararası toplumun gündemine iyice yerleşti. Bu nedenle, şunu söyleyebiliriz; uluslararası toplum Kosova sorununa bu derece müdahil olmasaydı, Kosova self-determinasyon ilkesine dayanarak bağımsızlık ilan etmesi mümkün değildi. BM Kosova durumunun gelecekte bağımsızlık isteyen etnik gruplara örnek teşkil edebileceği yollundaki eleştirileri ret etmektedir. Ancak, Kosova olayının daha sonraki benzer durumlarda örnek gösterilmeyeceğini kimse garanti edemez. Bu durum hukuksal bir zemine oturtulmasa ya da bu durum bu şekilde hukuki hale getirilirse federal devletler ile içersinde farklı etnik gruplar barındıran devletler için tehlike çanlarının çaldığı anlamına gelir⁹⁰.

Self-determinasyon ilkesinin Kosova sorununa hukuki temel olarak kabul edilmesi halinde, doğal olarak bu ilkenin benzer durumlara uygulanması gerekir. Bu durumda, BM tarihi boyunca üzerinde tartışmalar yapıldığı bir ilke olan self-determinasyon ilkesinin sömürge devletlerin bağımsızlığı kapsamının dışına taşması anlamına gelmektedir⁹¹. Bu ilkenin dayanağını BM Şartı, 1960 Sömürge Altındaki Ülkelerin ve Halkların Bağımsızlığının Garanti Altına Alınmasına İlişkin Deklârasyon⁹² ve 1970 Devletlerarası Dostluk İlişkilerin Geliştirmesine

⁹⁰ Dominik Tolksdorf, "Kosovo Precedent - Applicable In Many Parts Of The World, But Not Directly In The South Caucasus", *Caucasian Review Of International Affairs*, Vol.3, No.1, 2009, s.105.

⁹¹ Bing Bing JIA, "The Independence of Kosovo: A Unique Case of Secession?", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 8, No1, 2009, s.33

⁹² 1960 Sömürge Altındaki Ülkelerin ve Halkların Bağımsızlığının Garanti Altına Alınmasına İlişkin Deklârasyon için bkz.

İlişkin Deklârasyonu oluşturmaktadır⁹³. Bu üç belgede de dış self-determinasyon anlamındaki self-determinasyon iki grup için tanınmıştır. Bu gruplar; sömürge altındaki ülkeler ile yabancı askeri güçler tarafından toprakları işgal edilmiş ülkelerdir. Self-determinasyonun diğer biçimini oluşturan İç self-determinasyon ise, ırkçı rejimlerin bulunduğu ülkelerdeki farklı ırklara mensup kişilere tanınmıştır⁹⁴. Bununla birlikte, 1970 Devletlerarası Dostluk İlişkilerin Geliştirmesine İlişkin Deklârasyonunda dış anlamdaki self-determinasyonun bir ülkenin ülkesinin toprak bütünlüğüne hânel getirmeyecek şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁹⁵. Ancak, bu kısıtlamada BM tarafından ilan edilen Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri İlişkin Deklârasyonunda belirtilen “ her devlet self-determinasyon hakkının gerek birlikte gerekse tek başına yapacağı faaliyetlerle geliştirme hakkına sahiptir⁹⁶” ilkesiyle bağdaştırmak o kadar kolay değildir.

Helsinki Son Senedi incelendiğinde de Senet bütün halkların “ halkların iç ve dış siyasi statülerini belirleme haklarının olduğunu” belirtmektedir. Bu hükme karşı, Senette belirtilen halkların Avrupa halkı olması gerektiği ve bu hükmün sömürge altındaki ve işgal altındaki ülkelere uygulanmayacağı şeklinde yorumlanmaktadır. Buna ek olarak, Senette geçen “ halklar” azınlıkları kapsamamaktadır⁹⁷.

1970 Devletlerarası Dostluk İlişkilerin Geliştirmesine İlişkin Deklârasyonunda self-determinasyon ilkesinin hangi koşullarda uygulanacağı belirtilmemiştir⁹⁸. Bu ilkenin uygulaması uluslararası hukuktaki gelişmelere bağlı bırakılmıştır. Self-determinasyon iki farklı şekilde ele alınmaktadır, iç *self-determinasyon* ve dış *self-*

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 04.01.2009)

⁹³ 1970 Devletlerarası Dostluk İlişkilerin Geliştirmesine İlişkin Deklârasyon için bkz. <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 04.01.2009)

⁹⁴ Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, New York, 1999, s.129

⁹⁵ Ibid.,s.122.

⁹⁶ Deklarasyon için bkz

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/2_1_1949.pdf
10.02.2009.

⁹⁷ Cassese *Self-Determination of Peoples*.,s.289.

⁹⁸ Ibid.,s.125.

*determinasyon*⁹⁹. Dış *self-determinasyon* uluslararası alanda örnekleri görülen ve *self-determinasyon* denilince ilk akla gelen *self-determinasyon* şeklidir. Bu şekildeki *self-determinasyonda* mevcut siyasal düzene karşı büyük bir hoşnutsuzluk ve ayrılma isteği vardır. Halka öncülük eden liderler bu istek ve hoşnutsuzluğu ayrılma yönünde bir harekete dönüştürürler¹⁰⁰. İç *self-determinasyon* ise farklı bir süreç sonucunda gelişen bir *self-determinasyon* şeklidir. Bu şekilde insanlar taleplerini liderleri aracılığıyla mevcut siyasal rejimin karar alma sisteminde yer almak suretiyle gerçekleştirmeye çalışırlar¹⁰¹. Kosova'daki durum bu iki şekilden farklılık göstermektedir. Çünkü BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı kararda Kosova'da uluslararası toplumun denetiminde ayrı bir yapının varlığı oluşturulması istenmekteydi. Uluslararası denetim altındaki bağımsız idare yerel siyasi kurumları oluşturma ve herhangi bir devletteki hükümetin sahip olduğu yetkileri kullanma hakkına sahipti. Bağımsızlık öncesi temel sorun Sırbistan'ın topraklarında kurulan bu yönetim şeklinin nasıl bir dönüşüm geçireceğiydi.

Self-determinasyon hakkının kullanmasında karşılaşılan sorunlarından biride “Halk” kavramıdır. Bu kavrama ilişkin uluslararası hukukta üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tanım yoktur. Kosova'daki azınlıkların varlığı bu durumu daha belirsiz hale getirmektedir. Eğer azınlıklar “ halklar” kavramı içinde düşünülmesi halinde bunları *self-determinasyon* hakkı var mıdır? Eğer azınlıklar halklar kavramı kapsanma alınırsa, bunların *self-determinasyon* kavramının uygulanması dışında tutmak mümkün mü? Yugoslavya'nın parçalanma sürecinde çözümsüzlük ayrılma ile birlikte yeni devletlerin ortaya çıkmasını sağladı. Yugoslavya'nın dağılışı sürecinde geleneksel *self-determinasyon* ilkesinin uygulama biçiminin dışında olaylar yaşandı¹⁰². Etnik temeli *self-determinasyon* ilkesinin belirtildiği belge Yugoslavya krizi sırasında toplanılan AB Yugoslavya Konferansı bünyesinde oluşturulan Badinter Komisyonun kararlarıdır¹⁰³. Komisyonun 2 nolu kararı Sırp azınlığın

⁹⁹ Samuel M. Makinda, ‘Sovereignty and International Security: Challenges for the United Nations’, *Global Governance*, Vol. 2, No.2, 1996, s. 150

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Stephen D. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, , N.J.: Princeton University Press, Princeton, 1999, s.11-12.

¹⁰² Cassese, a.g.e ,269.

¹⁰³ Badinter Komisyonu Kararları

buldukları cumhuriyetlerden ayrılma ve siyasi kimliklerini kazanımına ilişkindi. Komisyon azınlıkların haklarına saygı gösterilmesini ve bu konudaki uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını istedi¹⁰⁴. Bu karar Sırp azınlığın self-determinasyon hakkının var olup olmadığı yönündeki soruya dolaylı bir cevaptı. Komisyon Sırbistan'ın sorusuna doğrudan bir cevap vermedi. Komisyonun yayınladığı açıklamasında toplumların uluslararası hukuk çerçevesinde kimliklerinin tanınmasını isteme haklarının olduğunu belirtti. Bu açıklama azınlıkların self-determinasyon hakkını kullanabilecek bir halk olmadığı şeklinde yorumlar yapıldı¹⁰⁵. Komisyonun bu bakış açısı 4. nolu açıklamasından belirlediği görüşlerinden oldukça farklıydı. Kasım 1991'de Bosna-Hersek'teki Sırp nüfusunun bağımsız bir devlet oluşturmak amacıyla yapmış olduğu referandumdan sonra Komisyonun aldığı kararda “ Bosna-Hersek'teki Sırp azınlıkların oluşturmak istedikleri Sırp Bosna-Hersek Cumhuriyeti'nin varlığını” ret etti¹⁰⁶. Sonuçta, Bosna-Hersekli Sırp azınlıkların oluşturduğu meclis 9 Ocak 1992 tarihinde bağımsızlığını ilan etti¹⁰⁷.

Self-determinasyon için bağımsız bir hükümetin varlığı gereklidir¹⁰⁸. BM Şartının 73. maddesi bu yönde hüküm içermektedir¹⁰⁹. BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararı toprak bütünlüğüne vurgu yapmaktadır. Kosova sorunun çözümünde önemli bir aşamayı temsil eden bu karar sonunda bağımsızlık deklârasyonunun ilanına da kaynaklık etmiştir.

C. Uluslararası Müdahale

Kosova'nın bağımsızlığının yasal dayanağı self-determinasyon ilkesi değilse, o zaman yasal dayanağın uluslararası müdahale olduğu iddia edilebilir. Kaldı ki, BM Güvenlik Konseyinin aldığı kararlarda da

<http://www.la.wayne.edu/polisci/dubrovnik/readings/badinter.pdf> (Erişim tarihi 18.12.2008)

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Karen Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s.174

¹⁰⁶ Bkz. Badinter Komisyonu Kararları

¹⁰⁷ Bing JIA, “The Independence of Kosovo...”, s.35.

¹⁰⁸ 1933 Montevideo Sözleşmesinde bir devletin varlığı için dört koşulun yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlar ;

a- Sürekli nüfus b- belirlenmiş toprak parçası c- bir hükümetin varlığı d- diğer devletler ile ilişki kurabilme yeterliliğidir.

¹⁰⁹ Cf. Helen Quane, *The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination*, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.47, No.3, 1998, s.541.

açık bir şekilde bağımsızlığı öngördüğünü söylemek mümkün değildir. Bu durumu pekiştirecek ifadeyi de BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararında görebiliriz. Güvenlik Konseyi kararında “ tüm üye devletler Yugoslavya Federal Cumhuriyetinin ve bölge devletlerin toprak bütünlüğünü Helsinki Son Senedi ve ek 2 Protokolü uyarınca taahhüt eder” demektedir. Bu taahhüt BM Güvenlik Konseyi kabul ettiği çözüm planında belirtilen yedi ilkedendir. Güvenlik Konseyi kararının 1 ve 2. eklerinde çözüm planının ne şekilde uygulanacağına ilişkin ayrıntılı olarak belirtilmektedir. Buna ek olarak, Güvenlik Konseyi kararının 1. ekinde BM müdahalesinin amacını YFC'nin toprak bütünlüğüne hanel getirmeden Kosova'nın kaldırılmış otonomi statüsünün tekrar oluşturulması olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir¹¹⁰.

Bağımsızlık tartışmalarının temel noktalarından biri *Ahtisaari* raporunda belirtilen Güvenlik Konseyi 1244 sayılı kararının BM müdahalesinin temel sonuçlarının neler olabileceğine ilişkin açık ifadelerin bulunmadığına ilişkin ifadedir¹¹¹. Güvenlik Konseyi kararının YFC'nin toprak bütünlüğünde söz etmekle birlikte Kosova'nın bağımsızlığını dışlayan bir ifadeye rastlayamayız. Kaldı ki, Raporda Kosovalı Arnavutların ve YFC'nin kendi iddialarına destek bulabileceği noktalar bulunmaktadır. Rapor Kosova statüsünü belirleyen ve taraflara baskıyla uygulanacakları bir belge niteliğinde değildir¹¹². Rapor AB, ABD ve Rusya'nın da katıldığı görüşmeler sonucunda oluşturulmuştur. Kasım 2007'de görüşmelerin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine, Kosova sorununda bir çözüme ulaşılmadığı BM'ye rapor edilmiştir.

Sırbistan Güvenlik Konseyi 1244 sayılı kararını gerekçe göstererek Uluslararası Adalet Divanına yaşanan gelişmelerin hukuksal dayanağı konusunda tavsiye görüşü için müracaat etti. Bu başvurunun önemi BM yargı organı olan Divanın bağımsız bir devletin topraklarında kurulmuş yeni oluşum hakkındaki düşüncelerini öğrenmekti. Ancak, Sırbistan başvuruyu yaparken, BM Güvenlik Konseyi'nin UNMIK'ye ilişkin aldığı kararların çözüm için gerekçe gösterilebileceği konusunda endişeleri

¹¹⁰ Ahtisaari Raporu 2. paragraf

¹¹¹ Rüdiger Wolfrum, Kosovo: Some Thoughts on its Future Status, Multiculturalism and International Law, *Essays in Honour of Edward McWhinney*, (Ed.)Sienho Yee/ Jacques-Ivan Morin , Martinus Nijhoff Publishers, 2009,s.560-561.

¹¹² Bkz UNMIK haber arşivi 9 Temmuz 2007

http://www.unmikonline.org/archives/news01_08.htm (Erişim tarihi 11.01.2009).

bulunmaktaydı. Çünkü UNMIK Kosova'nın bağımsızlık ilanına kadar elinde bulundurduğu kurumlardaki faaliyetleri azaltmıştı. Sırbistan Uluslararası Adalet Divanına başvurmakla süreci yavaşlatabileceğini de düşünmüştü.

Eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyetinin çöküşü ile birlikte ayrılan Slovenya, Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, Bosna-Hersek ve Hırvatistan devletlerinin kuruluş sürecinde BM müdahalesi ile Kosova'nın bağımsızlığını ilan ettiği süreçteki BM müdahalesi arasında farklar bulunmaktadır¹¹³. 1999 yılında BM Kosova'ya müdahale ettiği zaman Kosova'ya bağımsızlık getirmek amacıyla müdahalede bulunmadı. Ayrıca, BM uluslararası barış ve güvenlikten sorumlu olduğundan dolayı, bu topraklara uluslararası kuralların uygulanması yönünde haklılığı konusunda zorunlu bir açıklama yapma gereğini de duymadı. Fakat bu sorumluluk bir ülkedeki egemenliğin başka bir devlete vermesi yönünde BM'ye yetki vermez. Ancak, Kosova'da durum farklıydı. Eski Yugoslavya devleti dağılmıştı. Kosova'nın nüfusunun büyük bir bölümü Arnavutlardan oluşmaktaydı. Bir ülkedeki insanların kendi siyasi geleceklerini belirleyebilme hakları vardı. Bunlara ek olarak, 1999 yılından sonra Kosova da Sırbistan egemenliğine son verilmiş, devletin fonksiyonlarını yerine getiren kurumlar BM'ye devredilmişti. Bu durumda Kosova da yeni çözümlerin uygulanmasını gerekli kılmıştı.

Eğer uluslararası müdahale Kosova bağımsızlığının hukuki temeli ise, BM müdahalesi *prosedürel* bir işlev görmektedir. Dolayısıyla, bu eylemlerin hukuki dayanakları uluslararası hukukun önemli kuralları üzerine oturtulmalıdır. BM Kosova da konuşlandı. Çünkü buradaki durum uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmekteydi. Bu durum Güvenlik Konseyine BM Şartını uygulama olanağı sağladı. BM Kosova'daki varlığı bağımsızlık sürecini hızlandırdı. Ayrıca bağımsızlık ilanı eski Yugoslavya döneminden beri sorun teşkil eden ve bazen de uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye sokan Kosova sorunun kesin bir çözümünü de sağlayacaktır. Böylece, BM Güvenlik Konseyi Sırbistan'ın egemenliğinde

¹¹³ 1990 yılları öncesi dönemde Uluslararası toplum hiçbir zaman Kosovayı Yugoslavyadan ayrılacak bir bölge olarak düşünmemiştir. Ayrıntılı bilgi bkz. Bartram Brown, Human Rights, Sovereignty, and the Final Status of Kosovo, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.80,No.1,2005,s.263.

uluslararası barış ve güvenliği sürekli tehdit eden bir sorundan kurtulmuş olacaktır. Zaten BM Kosova'daki varlığının amacı da bu soruna kesin bir çözüm bulmak içindi. Diğer yandan Sırbistan ve Kosovalı Sırplar Güvenlik Konseyinin 1244 kararı çerçevesinde UNMIK'yi tek ve yasal uluslararası sivil otorite kabul etmediği sürece, BM Kosova'daki varlığına ilişkin tartışmalar sürecektir.

III. AYRILMA HAKKI BAĞIMSIZLIK İÇİN HUKUKİ TEMEL OLUŞTURUR MU?

Bağımsızlık ilanı ayrılma hakkına dayanabilir mi? Kosova olayında görüldüğü gibi, tek taraflı ayrılma self-determinasyon gibi hukuki çerçevesi belirlenmiş bir hukuksal normlar üzerinde değildir¹¹⁴. Sonuçta Kosova olayı ayrılmayla ilgili bir durumdur. Bir devletin ülkesinden bir kısmının ayrılması uygulamada tartışmalı bir konudur¹¹⁵. Bazı örnekler gösterilip bu durumu belgelerle savunmak mümkündür. Fakat her örnek diğer bir örnekten farklılık göstermektedir. Bu durumda ayrılma konusunda kapsayıcı kuralların oluşumunu engellemektedir. Eğer bir devletin ülkesinden ayrılmaya ilişkin uluslararası hukuk kuralları oluşmamışsa, bu ayrılma uluslararası hukukun temel ilkelerine aykırıdır.

Yukarda belirttiğim gibi her ayrılma olayının kendine özgü koşulları vardır. Örneğin Eritre örneğinde, 1950 yılında BM Genel Kurulunun aldığı 390 sayılı kararla¹¹⁶ Eritre federal bir yapı çerçevesinde Etiyopya'ya bağlandı. Eritre hükümetine de iç içlerinde yasama, yargı ve yürütme görevlerini kullanma hakkı verildi. 1962 yılında Etiyopya otonomi yönetiminin yetkilerini sembolik hale getiren düzenlemeler yaptı. Bu nedenle, Eritreli Etopya Yönetimine karşı silahlı mücadele başlattılar¹¹⁷. Bu durum 1992 yılında Etiyopya'da devlet başkanın

¹¹⁴ 1974 Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti Anayasasının da ayrılma hakkı Cumhuriyeti oluşturan Uluslara verilmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cf. Thomas Musgrave, *Self-Determination and National Minorities*, Clarendon Press ,Oxford,1997,s.233.

¹¹⁵ Christopher J. Borgen," Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition", *American Society of International Law, Asil Insight* , (Feb. 2008), s.3,http://slomanson.tjsl.edu/2.4_KosSecession.pdf (Erişim tarihi 18.01.2009)

¹¹⁶ BM Genel Kurulunun aldığı 390 sayılı Karar için bkz. <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR/0/059/88/IMG/NR005988.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 19.01.2009)

¹¹⁷ Fatsah Ouguergouz and Djacoba Liva Tehindrazanarivelo," The Question of Secession in Africa", *Secession: International Law Perspectives*, (Ed.)Marcelo Kohen,Cambridge University Press, Cambridge ,2006,s. 267

değişmesine kadar sürdü. BM ve Afrika Birliği Örgütünün gözetiminde yapılan referandumdan sonra, 1993 yılında Eritre bağımsızlığına kavuştu ve BM'ye üye oldu¹¹⁸. Eritre'nin bağımsızlık süreci self-determinasyon hakkına dayandırılmadı. Bu ülkenin bağımsızlığı BM Genel Kurulunun “ çeşitli ırk ve siyasi düşünceye sahip ve kendi kendinin yönetebilme kabiliyetine sahip Eritre sakinlerinin arzu, istek ve refahı açısından” aldığı kararlara dayandırıldı. Diğer bir deyişle, Bağımsızlık ilanı self-determinasyon ilkesi söz önüne alınmadan BM Genel Kurulunun sömürgelerin kaldırılmasına ilişkin kararları temel alınarak ilan edildi¹¹⁹.

Hukuk kurallarıyla uygulama bazen farklılık arz etmektedir. Ayrılma bir şekilde self-determinasyon ile ilişkilendirilir. Uygulama da bu yöndedir. Sonuçta da, ayrılma self-determinasyon ilan etmenin bir yol ve yöntemidir. İki kavramın uygulamadaki birbirine yakınlığını hukuki düzenlemelerde görememekteyiz. Ayrılma sonucu self-determinasyon elde eden devletlerin sayısının azlığı nedeniyle bu iki kavram arasındaki belirsizlik sürmektedir¹²⁰. Yakın geçmişte meydana gelen gelişmelerde söylediklerimi doğrular niteliktedir. Bu konuda Kanada Yüksek Mahkemesinin aldığı karar büyük önem arz eder. Mahkeme *Quebec*'in Kanada'dan ayrılma olasılığını göz önünde bulundurarak “ uluslararası hukukta ana devletin toprak bütünlüğünü garanti altına alan hükümlerin öncelikli olduğunu, bu öncelik göz önünde bulundurularak *self-determinasyon* hakkına saygı gösterilmesi gerektiği” kararını almıştır¹²¹.

Self-determinasyon kavramının azınlıkları kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde, sömürge altında bulunmayan azınlıkların self-determinasyon ilkesine dayanarak ayrılma konusunu gündeme getiremelerini ve uygulamaları üç durumun ortaya çıkmasına bağlıdır¹²². Bu durumlardan birincisi, ana devlet ile ayrılma isteğinde bulunan azınlıklar arasında sorunun çözümü için bütün barışçıl yolların denenmesi ve

¹¹⁸ Eritre'nin BM üyelik kararı için bkz.

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/407/39/IMG/N9340739.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 05.01.2009)

¹¹⁹ Bing JIA, “The Independence of Kosovo.....”,s.40.

¹²⁰ John Dugard and David Raie, “The Role of Recognition in the Law and Practice of Secession”, *Secession: International Law Perspectives*, (Ed.) Marcelo Kohen , Cambridge University Press, Cambridge,2006, s.102

¹²¹ Bing JIA, a.g.m,s.41.

¹²² Jonathan Charney, “Self-determination: Chechnya, Kosovo, East Timor”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.34,No ,2001,s.464.

bundan olumlu bir sonuca varılmamış olması gerekir. İkincisi, ayrımla talebinde bulunan siyasi liderler azınlık tarafından kendilerine temsil yetkisi verilmiş kişiler olmalıdır. Üçüncüsü, azınlığın bağımsızlık elde etmek için güce başvurma dışında başka bir seçeneğinin bulunmaması gerekir. Bu koşullar var olan örneklerden hareketle ve devletlerin genel anlamda kabul ettiği uluslararası hukuktaki gelişmelerden çıkarılmıştır¹²³. Bu çerçevede, UNMIK Kosova'ya yerleşmesinden sonra iç self-determinasyon anlamında self-determinasyon sağlanmasına rağmen Kosova'da neden bağımsızlık ilan edildi sorusu akla gelebilir. Bu ince soruya ilişkin Kanada Yüksek Mahkemesinin yaptığı açıklama önemlidir; “ülkesinde yaşayan/ülkesinde yerleşik bulunan halk ya da halkları temsil eden ve aralarında ayırım yapmayan ve eşitlik temelinde self-determinasyon ilkesine bağlı kalarak iç düzenlemeler yapan bir hükümete sahip bir devletin uluslararası hukuk kapsamında toprak bütünlüğünün korunması gerekir”¹²⁴.

Bu açıklamanın bir benzeri 1970 Devletlerarası Dostluk ilişkilerin Geliştirmesine İlişkin Deklârasyonda da bulunmaktadır. Bu konunun inceliğinden dolayı, bu konuya ilişkin hukuksal düzenlemeler oldukça yavaş bir gelişme göstermektedir.

Uygulamaya bakıldığında uluslararası hukuk dış anlamdaki self-determinasyon ilkesine nazaran bir ülkenin toprak bütünlüğünü koruyan düzenlemelere sahiptir¹²⁵. Kosova'da yaşanan olay göz önüne alındığında Kosova'da ayrılma temelinde soruna çözüm bulmak pek mümkün değildir. Ayrılmaya ilişkin uygulama ve hukuksal düzenlemelere bakıldığında da, bu düzenlemelerin muğlaklığı ve tüm durumlara uygulanabilecek ayrılmaya ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerden söz etmek mümkün değildir. Bu durumda Kosova'nın bağımsızlığını uluslararası müdahale temeline dayandıran görüşleri daha da güçlendirmektedir.

¹²³ Dugard and Raić, a.g.m.,s.109. Bu koşulları kabul etmeyen ve düşünceye karşı çıkan akademisyenler ve devletler de bulunmaktadır. Bu düşünceyi savunanlar bir devletteki dil,din ve etnik grup üyelerine bu hakkın verilemeyeceğini savunmaktadırlar.

¹²⁴ Bing JIA, “The Independence of Kosovo.....”,s.41.

¹²⁵ Dugard and Raić, “The Role of Recognition....”,s.134.

IV. KOSOVA'NIN BAĞIMSIZLIĞINDAN SONRA TANIMA HUKUKU

Kosova'nın siyasal statüsüne uluslararası toplum ilgisiz kalmadı. Tanınma sorunun Kosova'nın yeni kimliği için büyük bir önem taşımaktaydı. Yeni devlet için hukuksal bir dayanak bulmak oldukça önemli bir konuydu. Sırbistan'ın UAD'den danışma görüşü istemesinin temelinde tanımadan daha çok yeni oluşumun hukuka uygunluğunun saptama isteğinden kaynaklanmıştı. Sırbistan'ın konuya UAD'yi müdahale etme düşüncesi tanıma ilanına ilişkin farklı düşüncesine güçlü bir yargı organından destek bulma arayışının sonucuydu¹²⁶.

Kosova olayı tanınmaya ilişkin kurallar ve yeni bir devletin oluşumuna ilişkin karmaşık olan kuralların gelişmesine hizmet eder. Ancak, sorun günümüzde bir devlet nasıl oluşur sorusuna verilen cevabı oluşturmaz.

Kosova'nın tanınmasına karşı çıkan devletler Kosova'nın devlet statüsünü ret etmeyi sürdürmektedirler¹²⁷. Bununla birlikte, onların Kosova'nın tek taraflı bağımsızlık ilanın hukuksal olmadığını ileri sürmelerine rağmen, bu karşı çıkış yeni devletin var olmadığı anlamına gelmez. Tanımamanın etkisi¹²⁸ sınırlıdır. Başka bir deyişle, uluslararası müdahalenin getirmiş olduğu bağımsızlık gelecekte dünyanın birçok yerinde tanıma konusunda Kosova örneğinden söz edilecektir. Kosova'nın bağımsızlık ilanınin hukuksal temelleri iyi bir şekilde oluşturulmamışsa bile, kabul edilebilir bir bakış açısı oluşturmaktadır. BM üyesi devletler tanıma konusunda bu örneği daima hatırlayacaklar ve kendi kararlarını verirken göz önünde bulunduracaklardır.

İki durum tanıma doktrinin gelişimine önemli katkılar sunabilir. Birincisi, UAD'nin Kosova'nın bağımsızlığını onaylamasıdır. Bu gibi karmaşık durumlarda yargı kurumunun tanıma konusundaki kararı tanımanın yapıp yapılmaması konusunda devletler için yol gösterici olacaktır. Bu konu o kadar karmaşık ve belirsizdir ki, AB üyeleri bu

¹²⁶ Peter Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, Routledge, London and New York, 2002, s. 200.

¹²⁷ Kosova'nın bağımsızlığına karşı olan görüşler için bkz.C. Tomuschat .-M. Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden, , Martinus Nijhoff Publishers., 2005, s. 127-166.

¹²⁸ Stefan Talmon, " The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: Tertium non Datur? ", *British Yearbook of International Law*, Vol.75, 2004, s.180.

konuda ikiye ayrılmışlardır¹²⁹. İkincisi, açıklayıcı ve kurucu tanıma öğelerinin karmaşık etkileri Hırvatistan ve Bosna-Hersek olaylarında olduğu gibi Kosova olayında belirgin bir şekilde ortaya çıkmıştır.

Azımsanamayacak sayıda devlet Kosova'nın bağımsızlığını tanıdı. Birçok devletinde tanıma konusunda kararsızlığı sürmektedir. Bu nedenle, yeni oluşumlar tanıma sorunuyla karşılaştıklarında büyük sorun yaşamaktadırlar. Bu oluşumlar uluslararası örgütlere kabul edebilmeleri için önemli sayıda devlet tarafından tanınmaları gerekmektedir. Bu durumlarda kolektif tanımanın önemi ortaya çıkmaktadır. Çünkü tartışmalı durumlarda kolektif tanıma yoluyla yeni bağımsızlığını ilan etmiş oluşumların tanınması sağlanmaktadır. Ayrılmaya ilişkin uluslararası kurallar Kosova olay ile bağlantısı çok açık değildir. Ancak, kurucu tanıma bu gibi durumlarda yeni oluşumun durumunun açıklığa kavuşması açısından önemlidir.

Günümüzde tanımanın kurucu bir işlem olduğunu savunanların sayısı oldukça azalmıştır. AET 16 Kasım 1991 tarihinde Sovyetler Birliği ve Doğu Avrupa'da kurulan yeni devletlerin tanınmasına ilişkin bazı ilkeler belirledi. Buna ilkelere göre; yeni devletler ülkelerinde demokratik bir yönetim kurmalı, uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeli ve aralarındaki sorunları görüşmeler ve barışçıl yöntemlerle çözmelidirler. Bunlara ek olarak, AET yeni devletler tanıyabilmesi için aşağıdaki koşulları yerine getirmelerini istemektedir;

- BM Şartı, Helsinki Son Senedi ve Paris Şartının özellikle insan hakları ve demokrasi ile ilgili hükümlerine saygılı olacaklardır;
- Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı çerçevesinde azınlık, ulusal ve etnik grupların haklarını garanti edeceklerdir;
- Anlaşma ve barışçıl yollar dışında meydana gelen değişiklikler hariç devletler sınır değişikliklerine gitmeyeceklerdir;

Yeni devletler bu ilkeleri kabul etmeleri halinde AET üyeleriyle diplomatik ilişki kurabileceklerdir¹³⁰.

16 Kasım 1991 tarihinde Avrupa Topluluğu Yugoslavya Deklârasyonunun yayınladı. Deklârasyonda yukarıda belirtilen şartlara ek olarak şunlar belirtilmişti; “ Avrupa Topluluğu ve üyeleri Yugoslavya'nın dağılışıyla oluşan cumhuriyetleri tanımadan önce komşu Topluluk üye

¹²⁹ 15 Mayıs 2009 tarihi itibarıyla Kosova'yı tanımayan AB üyesi beş devlet bulunmaktadır (İspanya, Yunanistan, Kıbrıs, Romanya, Slovakya).

¹³⁰ *European Journal of International Law*, 1993, s.72.

devletlerine ilişkin toprak taleplerinden bulunmayacakları ve bu konuda komşu devletlere karşı düşmanca propaganda yapmayacaklarına ilişkin anayasal ve siyasal garantiler içeren hukuksal düzenlemeler yapmaları gerekir". AET bu koşulların yerine getirilmesi halinde cumhuriyetleri tanıyacağını ilan etti¹³¹.

Badinter Komisyonu " yeni devletler ortaya çıkmıştır. Diğer devletlerin onları tanımaları sadece bir ilan işlevi göreceğini" açıklamıştır¹³². Bu çerçevede, Komisyon yeni devletlerin varlığının koşullarının hukuki olduğu, tanımının ise sadece açıklayıcı bir niteliğinin bulunduğu düşüncesindedir. Komisyonun bu düşüncesine karşın, AET öne sürdüğü koşulların yerine getirilmemesi halinde yeni oluşumları devlet olarak tanımayacağını ilan etmişti. Dolayısıyla, AET'nin öne sürdüğü tanımaya ilişkin koşullar yeni devletler için adeta bir kurucu işlem niteliğine bürünmüştü.

Kosova için ise *Attasaari* Raporunda teklif edilen koşullar ileri sürüldü¹³³. Kosova'nın bağımsızlık deklârasyonunda Raporda Kosova statüsünün çözümü için teklif edilen koşullar yer aldı.

SONUÇ

Tanıma birçok değişkene bağlıdır. Bu değişkenler uluslararası sistemin düzeniyle yakından ilintilidir. Bu nedenle, uluslararası toplumun tanımaya ilişkin genel kriterler oluşturmaya çabalaması olağan bir durumdur. Bundan dolayı, tanıma için AET'nin belirlediği temel kriterler, çoğunlukla, Avrupa devletlerinin bugün sahip olduğu standartlar ve anlaşmalarla temellenmiş bağımsız değişkenlerdir. Göz önünde bulundurulması gereken bağımsız değişkenlerden bazıları; yeni devletin vatandaşlarına önerdiği demokrasi ve siyasi özgürlükler, yeni devletin sınırları içinde yaşayan insanların bir devlet kurma konusunda uzlaş

¹³¹ Ibid.

¹³² Badinter Komisyonu Kararlar

<http://www.la.wayne.edu/polisci/dubrovnik/readings/badinter.pdf> (Erişim tarihi 18.12.2008)

¹³³ Kosovanın Gelecekteki Statüsüne İlişkin BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi Marti Ahtisaari Raporu 2. Paragraf <http://209.85.129.132/search?q=cache:Ko9EKm81PUgJ:www.unosek.org/docref/reportenglish.pdf+Report+of+the+Special+Envoy+of+the+SecretaryGeneral+on+Kosovo%27s+Future+Status&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr> (Erişim tarihi 04.01.2009)

içinde olmaları, kendi ülkelerinde sürekli ve sağlam bir yönetime sahip olmaları, bu yönetimin uluslararası ilişkileri yürütebilecek kapasitede olması ve yönetimin uluslararası yükümlülükleri yerine getirme isteğinde ve yeterliliğinde olmaları gerekmektedir. Bu çerçevede AET, deneyimli uluslararası hukukçulardan oluşan *Badinter* Komisyonunu, tanımaya ilişkin yeni hukuksal kriterleri belirlemek amacıyla, kurdu.

Tarihte ilk kez bir grup devlet bir devletin dağılış sürecini yönetmek amacıyla bir komisyon oluşturdu. Bu komisyonun belirlediği kurallar çerçevesinde yeni oluşumlar devlet olarak tanındı. *Badinter* komisyonu 1933 Montevideo Sözleşmesinde belirtilen bir oluşumun devlet olarak tanınma koşullarına demokratik yönetim, insan hakları ve azınlıkların korunması gibi kriterler eklemiştir. Bu yönleriyle Komisyon uluslararası hukukun gelişmesine katkı yapmıştır.

Badinter komisyonunun belirlediği koşullar kapsamında bağımsızlıklarını kazanan eski Yugoslavya'nın altı federe cumhuriyetin yanı sıra, Kosova'nın bağımsızlığa kavuşması sırasında gelişen olaylarda uluslararası hukuk açısından bir dönüm noktası oluşturmaktadır.

Kosova bölgesi 1960 yıllardan başlayarak sürekli sorunların yaşandığı bir bölgeydi. Eski Yugoslavya'nın dağılışıyla birlikte sorunlar devam etmişti. Sonunda, Kosova'nın statüsünün belirleyinceye kadar BM denetiminde bir yönetim oluşturuldu. Geçen sürede, görüşmelerden bir sonuç alınmayınca, Kosova Parlamentosu bağımsızlığını ilan etti.

Bağımsızlık ilanı ile birlikte, bu ilanın hukuki dayanağı konusunu uluslararası toplumda tartışmaya başladı. *Self-determinasyon*, ayrılma, uluslararası müdahale, ülkenin bütünlüğü gibi uluslararası hukuka konu olan kavramlar konusunda uluslararası alanda farklı düşünceler dile getirildi. Bu kavramlar uluslararası hukukta sınırları kesin olarak belirlenmiş konular değildir. Kosova kendine özgü koşullarla tartışılan kavramlara yeni boyut kazandırmıştır.

Kosova olayı daha önce örneğine rastlanmayan bir şekilde birçok olay kısa bir sürede birlikte yaşanmıştır. Bunlar; Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyetinin oradan kalkması, tarih boyunca Kosovalıların etnik temizliğe maruz kalmaları, Kosovalı sivillere karşı işlenen insanlığa karşı suçlar ve Kosova'da BM yönetiminin oluşturulmasıdır. Bunlara ilave olarak, Kosova'nın nüfusunun büyük bir bölümü Arnavutlardan oluşmaktaydı. Bu özelliklerden dolayı Kosova olayı kendisine has özelliklere sahiptir. Ancak BM Güvenlik Konseyinin 1244 sayılı kararıyla

Sırbistan'a bağlı bir bölge olarak söz edilmekle birlikte, bu hüküm kesin bir durumu ifade etmemektedir. Çünkü kararın devamında Kosova'nın statüsünün belirlenmesi amacıyla görüşmelerin yapılacağı belirtilmiştir.

Bu nedenden ötürü Kosova'nın durumu farklıydı. Eski Yugoslavya devleti dağılmıştı. Kosova'nın nüfusunun büyük bir bölümü Arnavutlardan oluşmaktaydı. Bir ülkedeki insanların kendi siyasi geleceklerini belirleyebilme hakları vardı. Bunlara ek olarak, 1999 yılından sonra Kosova da Sırbistan egemenliğine son verilmiş, devletin fonksiyonlarını yerine getiren kurumlar BM'ye devredilmişti. Bu durumlar Kosova da yeni çözümlerin uygulanmasını gerekli kılmıştı.

Uluslararası hukukta Kosova olayı bu özelliklerinden ötürü bir dönüm noktasıdır, belli bir durumu açıklığa kavuşturmuştur. Başka bir deyişle, ana-devleti dağılan özerk bir bölge Kosova özelliklerine sahipse ve uluslararası toplumun tarafından yönetiliyorsa bağımsızlığını talep edebilir.

Sonuç olarak; bir devletin varlığının tanınmasında, devlet kurma yönündeki istek, çaba ve izlenen yöntemin önemli bir rol oynamaktadır. Montevideo Sözleşmesinde bu durum belirtilmemişti. Bununla birlikte, yeni bir devletin tanınmasına ilişkin son karar, uluslararası toplumun çıkarları ve uluslararası *konjonktüre* göre şekillenir. Eğer, yeni bir devletin tanınması mevcut sistemdeki dengeyi devam ettirme ve bölgenin güvenliğini güçlendirmenin yanı sıra uluslararası sistemin belirleyici güçlerinin çıkarlarıyla çatışmıyorsa, uluslararası toplumun devleti tanınması oldukça kolay bir şekilde gerçekleşir.

KAYNAKÇA

- Benedict, Kingsbury, " Claims by Non- State Grups in International Law", *Cornel International Law Journal*, Vol.25,No.3,1992.
- Bennett,Christopher, *Yugoslavia's Bloody Collapse: Causes, Course and Consequences*, NYU Press, New York, 1997.
- Bing JIA, Bing, "The Independence of Kosovo: A Unique Case of Secession?", *Chinese Journal of International Law* , Vol. 8, No1,2009.
- Borgen,Christopher J., " Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition", *American Society of International Law: Asil Insight* , 2008,

- http://sломanson.tjsl.edu/2.4_KosSecession.pdf (Erişim tarihi 18.01.2009)
- Brown, Bartram, Human Rights, Sovereignty, and the Final Status of Kosovo, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.80, No.1, 2005.
- Calic ,Marie-Janine,” Kosovo in the Twentieth Century: A Historical Account”, Kosovo and The Challenge Of Humanitarian Intervention: Selective Indignation”, *Collective Action, and International itizenship*, Eds.: Albrecht Schnabel & Ramesh Thakur, United Nations University Press, New York, Paris, Tokyo, 2000.
- Cassese, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, New York, 1999.
- Charney, Jonathan, “Self-determination: Chechnya, Kosovo, East Timor”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.34, No 2, 2001.
- Daskalovski, Zhidas, ” The Independence of Kosovo and the Consolidation of Macedonia—A Reason to Worry?”, *Journal of Contemporary European Studies*, Vol. 16, No. 2, , 2008.
- De Wet ,Erika, “The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and The Establishment and Functioning Of Eulex “, *The American Journal Of International Law*, Vol.103, No.1, 2009.
- Delahunty ,Robert J. and Perez, Antonio F., “The Kosovo Crisis: A Dostoevskian Dialogue on International Law, Statecraft, and Soulcraft”, *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, Vol.42, No.1, 2009.
- Dugard , John, "Secession: Is the Case of Yugoslavia a Precedent for Africa?" *African Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5, No.1, 1993.
- Dugard John and Raić David, “The Role of Recognition in the Law and Practice of Secession”, *Secession: International Law Perspectives*, (Ed.)Marcelo Kohen, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Erlanger, Steven,” Yugoslavs Demand a Role in U.N. Kosovo Settlement”, *N.Y. TIMES*, 22 Mayıs 1999.

- Grant, Thomas D., *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, Westpost Press, London, 1999.
- Hill, Christopher, *European Foreign Policy: Key Documents*, Routledge, London, 2000.
- Hilpold, Peter, "The Kosovo Case and International Law: Looking for Applicable Theories", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 8, No.1, 2009.
- Islami, Iliriana, "the Insufficiency of International Legal Personality of Kosova as Attained Through The European Court of Human Rights: a Call for Statehood", *Chicago-Kent Law Review*, , Vol.80, No.1, 2005.
- Klejda, Mulaj, "A recurrent tragedy: Ethnic Cleansing as a Tool of State Building in The Yugoslav Multinational Setting", *Nationalities Papers*, Vol. 34, No. 1, 2006.
- Knop, Karen, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge University, Cambridge, 2002.
- Koktsidis, Pavlos-Ioannis, "A Success Story? Analysing Albanian Ethno-Nationalist Extremism in the Balkans", *East European Quarterly*, Vol. XIII, No. 2, 2008.
- Krasner , Stephen D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, , N.J. Princeton University Press, Princeton, 1999.
- Kuci, Hajredin , "The Legal and Political Grounds for, and the Influence of the Actual Situation on, the Demand of the Albanians of Kosovo for Independence", *Chicago-Kent Law Review*, Vol.80, No.1, 2005.
- Kut, Şule, *Balkanlarda Kimlik ve Egemenlik*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Lukic , Reneo and Lynch, Alen, *Europe from the Balkans to the Urals: The Disintegration of Yugoslavia and the Soviet Union*, A SIPRI Publication, 1996.
- Makinda , Samuel M., 'Sovereignty and International Security: Challenges for the United Nations', *Global Governance*, Vol. 2, No.2, 1996.
- Merriam, John J " Kosovo And The Law Of Humanitarian İntervention", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Winter, Vol. 33, No.1, 2001.

- Mihaillović, Srećko, “ Kosovo: Between Co-Existence and Permanent Conflict, *The Lessons of Yugoslavia*, (Ed.) Meta Spencer, Hawort Press, NewYork,2000.
- Musgrave,Cf. Thomas, *Self-Determination and National Minorities*,Clarendon Pres, Oxford,1997.
- Ouguerouz , Fatsah and Tehindrazanarivelo,Djacobal Liva” The Question of Secession in Africa”, *Secession: International Law Perspectives*, (Ed.)Marcelo Kohen ,Cambridge University Press, Cambridge ,2006.
- Pellet, Alain, “Appendix: Opinions No. 1, 2 and 3 of the Arbitration Committee of the International Conference on Yugoslavia”, *EJIL*, vol.3, no.1, 1992.
- Pellet, Allan “ The Opinions of the Badinter Arbitration Committee : A Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, *EJIL*, vol.3,no.,1,1992.
- Perritt Henry H., Jr., “Resolving Claims When Countries Disintegrate: the Challenge of Kosovo” , *Chicago-Kent Law Review* , Vol.80,No.1, 2005.
- Quane, Cf. Helen, The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination, *International & Comparative Law Quarterly*,Vol.47, No.3,1998.
- Radan,Peter, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, Routledge, London and New York ,2002.
- Ramcharan,B.G. ,The International Conference on The Former Yugoslavia, Official Papers, Vol.2, Kluwer Law International, The Hague,London,Boston,1997.
- Rich, Roland, “Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union”,*EJIL*, Vol.4,No.1,1993.
- Rüdiger Wolfrum,” Kosovo: Some Thoughts on its Future Status”, *Multiculturalism and International LawEssays in Honour of Edward McWhinne*, , (Ed.) Sienho Yee/ Jacques-Ivan Morin , Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Sioussiouras, Petros,” The Process of Recognition of The Newly Independent States of Former Yugoslavia by The European Community: The Case of The Former Socialist Republic of

- Macedonia”, *Journal of Political and Military Sociology*, vol. 32, No.1,2004.
- Talmon, Stefan “ The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: Tertium non Datur? “, *British Yearbook of International Law*,Vol.75, 2004.
- Terrett, Steve, *The Dissolution of Yugoslavia and The Badinter Arbitration Commission*, Ashgate Publishing, Aldershot and Burlington,2000.
- Tolksdorf, Dominik, “Kosovo Precedent - Applicable In Many Parts Of The World, But Not Directly In The South Caucasus”, *Caucasian Review Of International Affairs*,Vol.3,No.1,2009.
- Tomuschat ,C. - Thouvenin ,M., *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden, , Martinus Nijhoff Publishers,, 2005.
- Trifunovska, Snežana M., *Yugoslavia through Documents - From its Creation to its Dissolution*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1994.
- Waters,Timothy William” Contemplating Failure and Creating Alternatives in the Balkans: Bosnia’s Peoples, Democracy, and the Shape of Self-Determination”, *The Yale Journal of International Law*,Vol. 29,No.2,2004.
- Weller, Marc "International Law and Chaos," *Cambridge Law Journal*, 1993,Vol.52,No.1, 1993.
- Weller, Marc, “Kosovo’s final status”, *International Affairs*, Vol. 84,No.6 , 2008.
- Zagar,Mitja ,“ Yugoslavia: What Went Wrong? Constitutional Aspects of The Yugoslav Crisis From The Perspective of Ethnic Conflict”, *The Lessons of Yugoslavia*, (Ed.) Meta Spencer, Hawort Pres, New York,2000.

BELGELER

- S.C. Res. 1244, U.N. Doc. S/RES/1244 (10 Haziran 1999), <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 15 Aralık 2009)
- 1244sayılı Karar için bz. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF>

/N9917289.pdf?OpenElement (Erişim tarihi
15.12.2008)

Kosova Geçici Anayasa Türkçe metni için bkz.

http://www.unmikonline.org/pub/misc/FrameworkPocket_TUR.pdf (Erişim tarihi 04.01.2009)

Kosovanın Gelecekteki Statüsüne İlişkin BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi Atassari Raporu

<http://209.85.129.132/search?q=cache:Ko9EKm81PUgJ:www.unosek.org/docref/reportenglish.pdf+Report+of+the+Special+Envoy+of+the+Secretary-General+on+Kosovo%27s+Future+Status&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr> (Erişim tarihi 04.01.2009)

UNMIK haber arşivi

http://www.unmikonline.org/archives/news01_08.htm

1960 Sömürge Altındaki Ülkelerin ve Halkların Bağımsızlığının Garanti Altına Alınmasına İlişkin Deklârasyon için bkz.

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 04.01.2009)

1970 Devletlerarası Dostluk İlişkilerin Gelişirtmesine İlişkin Deklârasyon için bkz

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 04.01.2009)

Badinter Komisyonu Kararları

<http://www.la.wayne.edu/polisci/dubrovnik/readings/badinter.pdf> (Erişim tarihi 18.12.2008)

Elitre'nin BM üyelik kararı için bkz.

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/407/39/IMG/N9340739.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi 05.01.2009)

EC Bulletin 7/8,1991.

EPC Press Release 129/91, 16 December 1991

Declaration on the 'Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union, *EJIL*, Vol.4, No.1, 1993.

TEKNOLOJİ TRANSFERİ ANLAŞMALARINA İLİŞKİN AB GRUP MUAFİYET REJİMİNDE BAŞLICA DEĞİŞİKLİKLER VE TÜRKİYE UYGULAMASI

Makbule BEKCAN*

ÖZET

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından, teknoloji transferi anlaşmaları blok muafiyet rejimine ilişkin 772/2004 sayılı Tüzük gözden geçirilerek, 316/2014 sayılı yeni blok muafiyet tüzüğü ve beraberinde ilgili rehber 1 Mayıs 2014'te uygulamaya konulmuştur. 772/2004 sayılı Tüzük ile uyumlu mevcut anlaşmalar için bir yıl (1 Mayıs 2015'e kadar) geçiş süresi öngörülmüştür.

Bu çalışmada, teknoloji transferi anlaşmaları hakkında Türkiye uygulamasına ilişkin 2008/2 sayılı Tebliğ'de revize edilebilecek başlıca alanları belirlemeye yönelik olarak, 316/2014 sayılı Avrupa Birliği yeni Tüzüğü ile yapılan temel değişiklikler, önceki Tüzük ve kılavuzlar ile karşılaştırmalara yer verilmek suretiyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Teknoloji transferi anlaşmaları, grup muafiyeti, lisans anlaşmaları, geriye lisans verme yükümlülüğü, itiraz üzerine anlaşmayı sona erdirmeye şartı, uzlaşma anlaşmaları, teknoloji havuzları

THE MAJOR CHANGES IN THE EU BLOCK EXEMPTION REGIME FOR TECHNOLOGY TRANSFER AGREEMENTS AND TURKEY'S APPLICATION

ABSTRACT

Regulation No 772/2004 related to the block exemption regime for technology transfer agreements was revised by European Union Commission. New block exemption regulation No 316/2014 and its accompanying guidelines replaced the 2004 version as of 1 May 2014. Transitional period for existing agreements that comply with the 2004 regulation was accepted as one year (until 1 May 2015).

In this article, in order to highlight the main fields to be held in Block Exemption Communiqué No 2008/2 related to Turkish appliance on technology transfer agreements, the major changes in new European Union Regulation No 316/2014 are analyzed in comparison with former regulation and guidelines.

Keywords: Technology transfer agreements, block exemption, license agreements, grand-back obligations, termination clause on challenge, settlement agreements, technology pools

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Fikrî Mülkiyet Hakları Teknoloji Politikaları ve İnovasyon Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

1. GİRİŞ

Teknoloji transferi anlaşmaları, çeşitli unsurlara bağlı olarak farklı şekillerde tanımlanmakla birlikte, bu çalışmada incelenen rekabet hukuku düzenlemelerine göre taraflardan birinin diğerini mal ve hizmet üretimine yönelik olarak teknolojisini kullanmak üzere yetkilendirdiği lisans anlaşmalarıdır.

Teknoloji transferi anlaşmaları araştırma geliştirme faaliyetleri yapılmasını teşvik etmek, aynı amaca yönelik birden fazla araştırma yapılarak kaynakların israf edilmesini önlemek, araştırma geliştirme faaliyetleri sonucunda elde edilen bilginin ve teknolojinin yayılmasına olanak tanımak, piyasaya sunulan yeni veya daha nitelikli ürünlerle rekabeti artırmak gibi çeşitli etkinlikleri de beraberinde getirmektedir¹.

Ancak bu anlaşmalar hak sahiplerine tanıdığı münhasır yetkiler nedeniyle rekabeti sınırlayıcı unsurlar da içerebilmektedir. Örneğin rakip teknolojileri kullanmama yükümlülüğü pazarın üçüncü kişilere kapatılmasına yol açabilecek; lisans verenin bölge veya müşterilere ilişkin çeşitli yükümlülükler getirmesi halinde, lisans alanlar arasında rekabet kısıtlanabilecektir². Dolayısıyla teknoloji transferi anlaşmalarının hem rekabeti kısıtlayıcı hem de rekabeti artırıcı yönleri bulunabilmektedir.

¹ 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (Bundan sonra yapılan atıflarda 2008/2 sayılı Tebliğ şeklinde ifade edilecektir.), Rekabet Kurumu, RG 23.01.2008, 26765. Genel Gereğesi paragraf 1. (Tebliğ'in RG'de yayımlanmayan bu kısmı için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fTebli%25c4%259f%2fteblig37.pdf>)

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5 inci Maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, RKK 13.05.2009, 09-22/486 (Bundan sonra yapılan atıflarda 2008 Kılavuzu şeklinde ifade edilecektir.), paragraf 14.

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fkilavuz10.pdf>;

European Commission Regulation No 772/2004 of 27.04.2004 on the application of Article 81/3 of the Treaty to categories of technology transfer agreements (Bundan sonra yapılan atıflarda 772/2004 sayılı Tüzük şeklinde ifade edilecektir.) Dibase paragraf 5.

European Commission Regulation No 316/2014 of 21.03.2014 on the application of Article 101/3 of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements (Bundan sonra yapılan atıflarda 316/2014 sayılı Tüzük şeklinde ifade edilecektir.) Dibase paragraf 4.

² 2008 Kılavuzu paragraf 9.

Amacı veya etkisi rekabeti kısıtlayıcı olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları AB’nde Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın³ 101. maddesi, Türkiye’de de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 4. maddesi ile yasaklanmıştır. Bununla birlikte rekabeti artırıcı yönleri ile pazar güçlerinin derecesi dikkate alınarak bu nitelikte anlaşmaları yasak kapsamından çıkararak muafiyet rejimi de düzenlenmiştir. Buna göre rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, belirli şartların gerçekleşmesi halinde TFEU 101/3. maddesine göre 101/1. maddesinin uygulamasından; ülkemizde de RKHK 5. maddesine göre 4. maddesi uygulamasından muaf tutulmaktadır.

Bu uygulama tarafların yapacakları başvuruları üzerine ya da resen yapılacak değerlendirme sonucunda bireysel bir karar şeklinde olabildiği gibi, bir düzenleme ile belirli anlaşma kategorilerine otomatik olarak grup muafiyeti tanınması şeklinde de olabilmektedir⁴.

Bu durum teknoloji transferi anlaşmaları için de geçerli olup, rekabeti kısıtlayıcı teknoloji transferi anlaşmaları belirli koşulları karşılamaları halinde, bireysel muafiyetten ya da bu konuda düzenlenen grup muafiyet tüzüğü/tebliği koşullarını karşılamaları halinde grup muafiyetinden yararlanmaktadır.

Teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin grup muafiyet rejiminin iki aracı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi AB’nde 316/2014 sayılı Tüzük ve Türkiye’de 2008/2 sayılı Tebliğ’dir. İkinci araç ise AB’nde bu Tüzüğün ve Tüzük kapsamına girmeyen teknoloji transferi anlaşmalarına TFEU 101. maddesinin uygulanmasına ilişkin 2014 Rehberi⁵; Türkiye’de ise Tebliğ’in ve Tebliğ kapsamına girmeyen teknoloji transferi anlaşmalarına RKHK’nın 4. maddesinin uygulanmasına ilişkin 2008 Kılavuzu’dur.

Türkiye’de 2008/2 sayılı Tebliğ, 23.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve büyük ölçüde 316/2014 sayılı Tüzük’ten önce yürürlükte

³ Treaty on the Functioning of the European Union (Bundan sonra yapılan atıflarda TFEU şeklinde ifade edilecektir.)

⁴ Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Baskı, Ekin Kitapevi, 2007, s. 318.

⁵ Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, 2014/C 89/03, 28.03.2014 (Bundan sonra yapılan atıflarda 2014 Rehberi şeklinde ifade edilecektir.)

bulunan 772/2004 sayılı Tüzük ile uyumludur⁶. 13.05.2009 tarihinde kabul edilen 2008 Kılavuzu da büyük ölçüde daha önce yürürlükte bulunan 2004 Rehberi⁷ ile uyumludur.

772/2004 sayılı Tüzüğün yürürlük süresi 30.04.2014 tarihinde dolmuştur. Bu tarihten sonra hangi rejimin uygulanacağına ilişkin yapılan çalışmalar sonucunda, AB Komisyonunun konuyu kamuoyuna ilk sunuşu 2011’de olmuştur. Paydaşların yorumları ise taslak metnin kapsamı, pazar payı eşikleri, patent havuzları, açık sınırlamalar (hardcore restrictions), geriye lisans verme yükümlülükleri üzerine yoğunlaşmıştır. Bu çerçevede yapılan gözden geçirmeler sonucunda, 2013’te Tüzük taslak metni ve bu Tüzüğün uygulanması ile TFEU 101. maddesinin Tüzük kapsamına girmeyen teknoloji transferi anlaşmalarına uygulanmasına ilişkin Rehber taslak metni kamuoyu görüşüne sunulmuştur. Bu metinler, paydaşların görüşleri de dikkate alınarak revize edilmiş ve 01.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸; Tüzük, 30.04.2026 tarihine kadar yürürlükte kalacaktır⁹.

Bu çalışmanın kapsamı, AB teknoloji transferi anlaşma kategorilerine ilişkin grup muafiyeti rejiminde 2014 yılında yapılan başlıca değişiklikler ve Türkiye’ye olabilecek yansımaları ile sınırlı tutulmuştur. Konunun incelenmesinde öncelikle Türkiye’de teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin olarak yürürlükte bulunan 2008/2 sayılı Tebliğ, bu Tebliğ’in uyumlu olduğu 772/2004 sayılı Tüzük ve yeni yürürlüğe giren 316/2014 sayılı Tüzüğün genel yapısı, takiben bu düzenlemelerin kapsamı karşılaştırmalı olarak ifade edilmiştir. Müteakiben 2008/2 sayılı Tebliğ’de revize edilebilecek başlıca alanları belirlemeye yönelik olarak 316/2014 sayılı Tüzük’te yapılan temel

⁶ AB’de daha önce yürürlükte bulunan 31.01.1996, tarihli 240/96 sayılı Tüzük ile ilgili açıklamalar için bkz. Odman, N. Ayşe, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2002, s. 151-163.

⁷ Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ C 101, 27.04.2004 (Bundan sonra yapılan atıflarda 2004 Rehberi şeklinde ifade edilecektir).

⁸ European Commission, Press Release, Antitrust: Commission adopts revised competition regime for technology transfer agreements – frequently asked questions, 21.03.2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-208_en.htm, erişim tarihi: 04.12.2015. (Bundan sonraki atıflarda “Commission, Antitrust, 2014” olarak ifade edilecektir.)

⁹ 316/2014 sayılı Tüzük, madde 11.

değişiklikler, 772/2004 sayılı Tüzük ile karşılaştırmalara ve Kılavuzlardaki açıklamalara yer verilmek suretiyle değerlendirilmiştir.

2. 2008/2 SAYILI TEBLİĞ İLE 772/2004 VE 316/2014 SAYILI TÜZÜKLERİN GENEL YAPISI

2008/2 sayılı Tebliğ, 772/2004 ve 316/2014 sayılı Tüzüklerin düzenleniş sistematigi incelendiğinde şu şekilde bir yapı ile karşılaşılmaktadır:

Her üç düzenlemenin önsöz bölümünde rekabet bakımından teknoloji transfer anlaşmaları için benimsenen temel ilkeler, incelemelerde izlenecek yöntem ve unsurları açıklanmaktadır.

Tebliğin 4. maddesi ile Tüzüklerin 1. maddesinde konuya ilişkin çeşitli kavramların tanımlarına yer verilmiştir.

Tebliğin 5 ila 7. maddeleri ve Tüzüklerin 2 ila 5. maddeleri esasa ilişkin hususları düzenlemektedir. Bu kısımda muafiyetin genel şartları, pazar payı eşikleri, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamında çıkararak kara liste ya da açık (hardcore) sınırlamalar olarak da adlandırılan kısıtlamalar listesi ve muafiyetten yararlanamayan kısıtlamalar listesi belirlenmiştir. Anlaşmada açık sınırlamaların bulunması halinde ilgili anlaşmanın tamamı grup muafiyeti kapsamı dışında kalırken, ikinci listede bulunan kısıtlamaların anlaşmada yer alması halinde sadece ilgili yükümlülük grup muafiyetinden yararlanamayacak, ancak anlaşmanın geri kalan kısmı muafiyetten yararlanmaya devam edecektir.

Türkiye uygulaması bakımından ikincil mevzuat, kanunların ve daha alt düzeyde düzenlemelerin nasıl uygulanacağını gösterirken, grup muafiyet rejimleri bakımından rekabet mevzuatı AB düzenlenmelerinde benimsenen yaklaşıma paralel olarak düzenlemenin hangi şartları taşıyan anlaşmalara uygulanmayacağını belirlemektedir¹⁰.

AB'nde 2000 yılından itibaren grup muafiyet tüzüklerinde izin verilen ve yasaklanan hükümlerin tek tek belirlendiği ve uygulama alanını daraltan, adeta taraflara bir sözleşme taslağı sunan, şekilci anlayıştan uzaklaşmıştır. Bu anlayış yerine, anlaşmanın ilgili pazarda rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi esas alınarak belirli bir pazar payının altında kalan ve rekabete açık aykırılık içermeyen anlaşmalar için güvenli bir liman oluşturulmaktadır¹¹.

¹⁰ Aslan İ. Yılmaz, 2007, s. 337.

¹¹ Aslan İ. Yılmaz, 2007, s. 341-342; Odman N. Ayşe, 2002, s. 165-166.

Türkiye’de de 2002 yılından itibaren izlenen bu esnek yaklaşımın sonucu olarak teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin rejimde de açıkça yasaklanan kısıtları içermeyen ve taraflarının pazar payı düzenlemede işaret edilen eşiklerin altında olan anlaşmalar incelenmeksizin muafiyet kapsamındadır. Buna karşılık kapsamda olmayan anlaşmalar otomatik olarak yasak olmayıp bireysel muafiyet değerlendirilmesine tabi olacaktır.

Ayrıca bu listeler, anlaşmaya taraf teşebbüslerin rakip olmaları veya rakip olmamalarına göre ve rakip teşebbüsler ise yükümlülüklerin karşılıklı veya karşılıklı olmamasına göre farklı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra ürün pazarında hem fiili hem potansiyel rekabet dikkate alınmasına karşılık teknoloji pazarında tarafların fiili rakip olmaları gözetilmektedir¹². Dolayısıyla tabi olunan esaslar, rakiplik durumuna göre değiştiğinden, anlaşmanın tarafı teşebbüslerin rakip olup olmadıklarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Benimsenen bu yaklaşımda etkili olan husus, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki teknoloji transferi anlaşmalarının rekabeti olumsuz yönde etkilemesi ihtimalinin rakipler arasındakilere göre daha düşük olduğu yönündeki genel kanaattir¹³.

Tebliğ’in 8. maddesi ile Tüzüklerin 6. maddesi, muafiyetin geri alınmasına ilişkindir. Anılan düzenlemeler kapsamında muafiyet elde etmiş bir anlaşmanın ya da anlaşmalar ağının muafiyet koşullarını artık sağlamadığının tespit edilmesi durumunda muafiyetin geri alınması yoluna gidilecektir.

3. 2008/2 SAYILI TEBLİĞ İLE 772/2004 VE 316/2014 SAYILI TÜZÜKLERİN KAPSAMI

Tüzüklerin ve Tebliğ’in kapsamı aşağıda 5 kriter bakımından ifade edilmiştir.

3.1. Taraflar

Uygulamada teknoloji transferi anlaşmaları iki ya da daha çok taraf arasında yapılabilen lisans sözleşmeleri olmakla birlikte, 316/2014 sayılı Tüzüğün teknoloji transferi anlaşması tanımına ilişkin maddesinde¹⁴ ve 2014 Rehberi’nde¹⁵, Tüzüğün sadece iki teşebbüs arasındaki teknoloji transferi anlaşmalarını kapsadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla iki taraf

¹² 316/2014 sayılı Tüzük madde 1/1(n), 772/2004 sayılı Tüzük madde 1/1(j), 2008/2 sayılı Tebliğ madde 4/1(e).

¹³ 2008/2 sayılı Tebliğ, Genel Gereçesi, paragraf 4.

¹⁴ 316/2014 sayılı Tüzük madde 1/1(c) (i) (ii)

¹⁵ 2014 Rehberi paragraf 54.

arasında değil, iki teşebbüs arasındaki anlaşmalara yönelik olması sebebiyle Tüzük ikiden fazla sayıda teşebbüs arasında yapılan teknoloji transferi anlaşmalarını kapsamamaktadır.

Benzer şekilde 772/2004 sayılı Tüzük ve 2008/2 sayılı Tebliğ’de de muafiyetin koşullarına ilişkin belirlemeler yapılırken Tüzük ve Tebliğ’in sağladığı muafiyetten iki teşebbüs arasında yapılan anlaşma konusu ürünlerin üretimine ilişkin teknoloji transferi anlaşmalarının yararlanacağı ifade edilmiştir¹⁶. 2004 Rehberi ve 2008 Kılavuzu’nda da benzer açıklama yer almaktadır¹⁷.

Bununla birlikte ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan lisans anlaşmaları da çoğunlukla iki teşebbüs arasında yapılan anlaşmalara benzer özellikler göstermektedir. Bu nedenle bu nitelikteki anlaşmalara ilişkin yapılacak bireysel incelemelerde de Tüzük ve Tebliğ’de belirtilen ilkeler kıyasen uygulanacaktır¹⁸.

Diğer taraftan iki ya da daha fazla teşebbüsün teknolojilerini bir araya getirip bunların lisansını bir paket halinde vermeyi kararlaştırdıkları teknoloji havuzlarına ilişkin olarak Türkiye ve AB kılavuzlarında¹⁹ ayrıntılı açıklamalara yer verilmekle birlikte, bu anlaşmaların Tüzük ve Tebliğ’in kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir²⁰. Konuya ilişkin açıklamalara aşağıda 4.2.b bölümünde yer verilmektedir.

3.2. Faaliyetin Konusu

772/2004 ve 316/2014 sayılı Tüzükler ile 2008/2 sayılı Tebliğ sadece lisans alanın lisans konusu teknolojiyi kullanarak mal veya hizmet üretmesine olanak veren anlaşmaları kapsar²¹. Bununla birlikte bu düzenlemeler, teknoloji transferi anlaşması sadece üretim aşamasını değil, birden fazla ticaret aşamasını içerse dahi, örneğin belirli bir dağıtım sisteminin oluşturulmasına yönelik olarak lisans kapsamında üretilen ürünleri yeniden satacılara lisans alan tarafından getirilmesi gereken ya

¹⁶ 772/2004 sayılı Tüzük madde 2/1, 2008/2 sayılı Tebliğ madde 5/1.

¹⁷ 2004 Rehberi paragraf 38, 2008 Kılavuzu paragraf 34.

¹⁸ 2014 Rehberi paragraf 57; 2004 Rehberi paragraf 40; 2008 Kılavuzu paragraf 34.

¹⁹ 2014 Rehberi, bölüm 4.4; 2004 Rehberi, bölüm IV. 4; 2008 Kılavuzu, bölüm IV.4;

²⁰ 2008/2 sayılı Tebliğ Genel Gerekçesi paragraf 8, 772/2004 sayılı Tüzük Dibace paragraf 7; 316/2014 sayılı Tüzük Dibace paragraf 7, 2014 Rehberi paragraf 56, 2004 Rehberi paragraf 41, 2008 Kılavuzu paragraf 36.

²¹ 316/2014 sayılı Tüzük Dibace paragraf 7, 772/2004 sayılı Tüzük Dibace paragraf 7, 2008/2 sayılı Tebliğ madde 5/1, 2014 Rehberi paragraf 58, 2004 Rehberi paragraf 41, 2008 Kılavuzu paragraf 36.

da getirilebilecek yükümlülükleri içermesi halinde de uygulanır²². Ancak düzenlemeler, lisans alan ve satıcıları arasındaki anlaşma konusu ürünlerin tedarik ve dağıtımına ilişkin anlaşmaları kapsamamaktadır²³.

Tüzükler ve Tebliğ aynı zamanda lisans alanın mal veya hizmet üretimi amacıyla araştırma geliştirme faaliyetinde bulunması halinde de uygulanır. Fakat amacın mal veya hizmet üretmenin aksine salt teknolojiyi iyileştirmek için araştırma geliştirmeye yönelik olması halinde, bu anlaşmalara Tüzük ve Tebliğ uygulanmayacaktır. Benzer şekilde araştırma geliştirmeye ilişkin fason üretim anlaşmaları da, aynı gerekçelerle Tüzük ve Tebliğ kapsamı dışında kalmaktadır²⁴. Esasen burada dikkate alınan husus, lisansı verilen teknoloji ile anlaşma konusu ürün arasında doğrudan bir bağın olmasıdır. Böyle bir bağın bulunmadığı hallerde, anlaşmanın başlıca amacının belirli bir ürünün piyasaya arzı olmadığı kabulü ile hareket edilerek Tüzük ve Tebliğ uygulanmamaktadır²⁵.

Ayrıca 316/2014 sayılı Tüzüğün uygulaması ile çakışması halinde, araştırma geliştirme anlaşmalarına ilişkin 1217/2010 sayılı Tüzük ve uzmanlaşma anlaşmalarına ilişkin 1218/2010 sayılı Tüzük uygulamasına öncelik verilecek, anılan tüzüklerin uygulanabilir olmadığı hallerde, 316/2014 sayılı Tüzük uygulanacaktır²⁶.

3.3. Fikri Hakların Kapsamı

316/2014 sayılı Tüzük'te fikri mülkiyet hakları; patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, yarı iletken ürünlerin topografyaları, yazılım telifi, ıslahçı hakkı, tıbbi ürünler ve ek koruma belgesi alabilecek diğer ürünler için verilen ek koruma sertifikaları, bunların kombinasyonunu, bu haklara ilişkin başvuruları ve know-how'ı içerecek şekilde tanımlanmıştır²⁷. Tüm bu hakları ifade etmek üzere "teknoloji hakları" kavramı kullanılmaktadır²⁸.

²² 2014 Rehberi paragraf 55, 2004 Rehberi paragraf 39, 2008 Kılavuzu paragraf 34.

²³ 316/2014 sayılı Tüzük Dibace paragraf 6, 772/2004 sayılı Tüzük Dibace paragraf 19, 2008/2 sayılı Tebliğ Genel Gerekçe paragraf 7.

²⁴ 2014 Rehberi paragraf 66, 2004 Rehberi paragraf 45, 2008 Rehberi paragraf 41.

²⁵ 2014 Rehberi paragraf 61, 2004 Rehberi paragraf 45, 2008 Rehberi paragraf 41.

²⁶ 316/2014 sayılı Tüzük madde 9; 2014 Rehberi paragraf 70, Bellis, Jean François, IP and Competition: A Survey of Developments in the Past Year, Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No.1, s. 55.

²⁷ 316/2014 sayılı Tüzük madde 1/1(b); 2014 Rehberi paragraf 44.

²⁸ 316/2014 sayılı Tüzük madde 1/1(b).

Daha önce yürürlükte bulunan 772/2004 sayılı Tüzük'te ise, teknoloji transfer anlaşmasının patent, know-how, yazılım telifi ve bunların kombinasyonunu içerdiği ifade edilmiş²⁹; “patent” kavramı patent, patent başvuruları, faydalı model, faydalı model için başvurular, endüstriyel tasarım, yarı iletken ürünlerin topografyaları, tıbbi ürünler ve ek koruma belgesi alabilecek diğer ürünler için verilen ek koruma sertifikaları ve ıslahçı hakkı sertifikalarını içerecek şekilde kullanılmıştır³⁰. Bu Tüzüğe paralel düzenlemeler içeren 2008/2 sayılı Tebliğ'de de benzer yaklaşım benimsenmiş, ancak bir üst kavram olarak “patent” yerine “fikri mülkiyet hakları” kavramının kullanılması tercih edilmiştir³¹.

Bununla birlikte iki tüzük arasında dikkat edilmesi gereken önemli bir fark bulunmaktadır. Yazılım telifinde salt reproduksiyon ve dağıtım (sadece yeniden satış için kopyaların üretimi) bağlamında lisans anlaşmalarının artık 316/2014 sayılı Tüzük ile sağlanan muafiyetin kapsamında olmadığı örneklenmek suretiyle de açıkça ifade edilmiştir³². 2014 Rehberine göre bu tür dağıtım için yeniden üretim anlaşmalarına, kıyasen 330/2010 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü³³ uygulanacaktır. Gerçekten bu nitelikteki anlaşmalar, daha çok dağıtım anlaşmasına benzer özellikler göstermektedir^{34,35}. Buna karşılık lisans alanın bir yazılımı, bu yazılımın etkileşimde olduğu bir cihaza dahil ederek yeniden üretme hakkı elde ettiği anlaşmalar Tüzüğün güvenli limanında olacaktır^{36,37}.

3.4. Muafiyetin Süresi

Muafiyetin süresi, anlaşmanın esas aldığı fikri mülkiyet hakkının herhangi bir şekilde sona ermesine kadar devam etmektedir. Sürenin

²⁹ 772/2004 sayılı Tüzük madde 1/1(b).

³⁰ 772/2004 sayılı Tüzük madde 1/1(h).

³¹ 2008/2 sayılı Tebliğ madde 4/1(ç).

³² 2014 Rehberi paragraf 62; karşılaştırma için bkz. 2004 Rehberi paragraf 51.

³³ Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 23.4.2010, s.1-7. (Bundan sonraki atıflarda 330/2010 sayılı Tüzük olarak ifade edilecektir.)

³⁴ Pazzi, Maria Gaia, Revised Technology Transfer Block Exemption Rules, Italian Antitrust Review, 2014, 1(2) DOI 10.12870/iar-10205 s. 156.

³⁵ 316/2014 sayılı Tüzük Dibace paragraf 7.

³⁶ 2014 Rehberi paragraf 63.

³⁷ Pazzi, s. 157.

dolması, mahkeme kararıyla terkin edilmesi, geçersiz ilan edilmesi, know-how'ın alenileşmesi sona erme halleri arasında sayılabilir. Ancak know-how'ın alenileşmesi lisans alanın bir fiili neticesinde olmuş ise muafiyet, anlaşmanın süresi kadar devam edecektir³⁸.

3.5. Pazar Payı Eşikleri

Pazar payı eşikleri bakımından 316/2014 sayılı Tüzük'te, önceki Tüzük'te öngörülen eşikler muhafaza edilmiştir³⁹. Buna göre 772/2004 sayılı Tüzük kapsamında muafiyetten yararlanılabilmesi için, anlaşmanın tarafları rakip olmayan teşebbüsler ise, her bir tarafın ilgili teknoloji ve ürün pazarındaki payının %30'u; rakip teşebbüsler ise bu pazarlardaki toplam paylarının %20'yi aşmaması gerekmektedir⁴⁰. 2008/2 sayılı Tebliğ'de ise bu oranlar sırasıyla %40 ve %30 olarak belirlenmiştir⁴¹.

Ancak burada belirtilmelidir ki; 316/2014 sayılı Tüzük'te ya da 2008/2 sayılı Tebliğ'de belirlenen pazar payı eşiklerinin aşılması, anlaşmanın AB uygulamasında TFEU 101/1. maddesinin; Türkiye uygulamasında RKHK'nın 4. maddesinin ihlal edildiği ve bireysel muafiyet tanınamayacağı anlamına gelmemekte; anlaşmanın otomatik olarak grup muafiyetinin güvenli limanından yararlanmadığını ifade etmektedir. Daha önce ifade edildiği üzere, bu tür durumlarda AB'nde TFEU 101/3. maddesine; Türkiye'de ise RKHK'nın 5. maddesine göre değerlendirilmesi sonucunda teknoloji transferi anlaşmasının bireysel muafiyetten yararlanması da söz konusu olabilecektir.

Diğer taraftan 316/2014 sayılı Tüzük'te eşikler korunmuş olmakla birlikte pazarın kapsamı konusunda değişiklik yapılmıştır. 772/2004 sayılı Tüzük'te etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarındaki pazar payından söz edilirken, 316/2014 sayılı Tüzük'te hangi pazarda elde edilen pazar payının dikkate alınacağı belirlenmesinde, pazar payı ilgili teknoloji ve ürün pazarının yanı sıra ilgili coğrafi pazar ile de ilişkilendirilmiştir⁴².

Ayrıca 316/2014 sayılı Tüzüğe ilişkin Rehber'de daha önce rakip olmayan teşebbüslerin zaman içinde rakip olmaları halinde eşğin nasıl uygulanacağına açıklık getirilmiştir. Buna göre %20 pazar payı eşiği

³⁸ 316/2014 sayılı Tüzük madde 2/2, 772/2004 sayılı Tüzük madde 2/2, 2008/2 sayılı Tebliğ madde 5/1.

³⁹ 316/2014 sayılı Tüzük madde 3/1 ve madde 3/2.

⁴⁰ 772/2004 sayılı Tüzük madde 3/1 ve madde 3/2.

⁴¹ 2008/2 sayılı Tebliğ madde 5/2 ve madde 5/3.

⁴² 316/2014 sayılı Tüzük madde 3/1, madde 3/2 ve madde 1/1(j), (k), (l), (m).

teşebbüslerin rakip haline geldikleri tarihten itibaren uygulanacaktır. Ancak sonradan anlaşmaya bir ilave yapılmadığı sürece, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalara ilişkin kara liste uygulanmaya devam edilecektir⁴³.

Yukarıda teknoloji transfer anlaşmalarına ilişkin muafiyet rejimi genel çerçevesine ilişkin olarak bu bölümde yer verilen açıklamalar Şekil 1.de özetle ifade edilmiştir.

4. BELİRLİ KATEGORİ TEKNOLOJİ TRANSFERİ ANLAŞMALARINA GRUP MUAFİYETİ TANINMASINA İLİŞKİN REJİMDE YAPILAN BAŞLICA DEĞİŞİKLİKLER

2014 Rehberi'nde 316/2014 sayılı Tüzük'te düzenlenmeyen alanlara ilişkin değişikliklerin de yer alması nedeniyle, belirli kategori teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti rejiminde yapılan değişikliklere, aşağıda iki başlıkta yer verilmiştir.

4.1. 316/2014 Sayılı Tüzük İle Yapılan Başlıca Değişiklikler

Yapılan değişiklikleri üç grupta incelemek mümkündür:

- Lisans alanlar arasındaki pasif satışlar
- Geriye lisans verme yükümlülükleri
- Anlaşmayı sona erdirmeye şartları

a) Lisans alanlar arasındaki pasif satış kısıtlamaları

316/2014 ve 772/2004 sayılı Tüzüklerin kara liste olarak adlandırılan 4. maddesinde, Tebliğ'in de 6. maddesinde yer verilen kısıtlamalar, anlaşmanın geri kalanı ile birlikte Tüzüklerin/Tebliğ'in güvenli limanı dışında kalır. Daha önce de ifade edildiği üzere bahse konu maddelerde yer verilen kısıtlamalar anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin rakip olmaları veya rakip olmamalarına göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda bulunması halinde anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamamasına yol açan kısıtlamalardan birisi de, lisans alanlara anlaşma konusu ürünleri pasif olarak satabileceği bölge ya da müşterilere ilişkin sınırlamalar getirilmesidir.

Pasif satış, satıcının aktif olarak müşteri araştırması yerine müşterinin satıcıya ulaşmasını, bir başka deyişle talep üzerine satışları ifade etmekte olup, AB'de bu tür satışların kısıtlanmasına pazar

⁴³ 2014 Rehberi paragraf 85.

paylaşımına yol açabileceği ya da pazar entegrasyonunu engelleyebileceği gerekçesiyle müsamaha gösterilmemektedir⁴⁴.

Bununla birlikte AB teknoloji transferi anlaşmaları blok muafiyet rejiminde bu kısıta ilişkin çeşitli istisnalar da bulunmaktadır. 772/2004 sayılı Tüzük 4/2(b) maddesinde sayılan istisnalar, biri hariç olmak üzere 316/2014 sayılı Tüzük 4/2(b) maddesinde, aynen muhafaza edilmiştir.

316/2014 sayılı Tüzük'te artık yer verilmeyen, fakat 772/2004 sayılı Tüzük'te 4/2(b)(ii) maddesinde bulunan bu düzenlemeye göre, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda lisans alan, kendisine tahsis edilen münhasır bölge ya da müşteri gruplarına satış yaptığı ilk iki yıl diğer lisans alanların pasif satışlarından korunacaktır; bir başka deyişle diğer lisans alanlar bu bölge ya da müşteri grubuna ilk iki yıl ile sınırlı olmak üzere pasif satış yapamayacaktır. Türkiye uygulamasında da bu yaklaşım benimsenmiş, anılan Tüzük maddesine paralel düzenlenen 2008/2 sayılı Tebliğ'in 6/3(b)(2) maddesinde bu istisnaya yer verilmiştir. Esas itibarıyla buradaki temel gerekçe lisans alanın pazara girişinin kolaylaştırılmasıdır.

Yeni bir bölgede faaliyete başlamak ve bu faaliyetleri geliştirebilmek için lisans alanın üretim varlıkları, tanıtım ve pazarlama gibi çeşitli alanlara önemli düzeyde yatırım yapması gerekmektedir. Ancak bu yatırımlar çoğu zaman batık maliyet niteliğindedir. Bu koşullarda lisans alanlar, kısa dönemde diğer lisans alanların rekabetine maruz kaldıkları pazara yatırım yapmaktan imtina edebilirler⁴⁵. Bu nedenle yukarıda belirtilen iki yıllık izin, orta ve uzun dönemde rekabet kısıtlanmaksızın, kısa dönem koruması sağlayan bir geçiş dönemi olarak değerlendirilmiştir⁴⁶.

316/2014 sayılı Tüzük ile lisans alanın diğer lisans alanların pasif satışlarından iki yıl süresince korunmasına imkan veren bu istisna kaldırılmış, dikey anlaşmalara ilişkin 330/2010 sayılı Tüzüğe paralel şekilde güvenli limanın dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte, bu

⁴⁴ Odman, N. Ayşe, 2002, s. 91, dn. 92, 155-156.

⁴⁵ 2014 Rehberi paragraf 126, 2004 Rehberi paragraf 101, 2008 Kılavuzu paragraf 82.

⁴⁶ Eccles Richard, "A New EC Technology Transfer Agreements Block Exemption Regulation", ICLG The International Comparative Legal Guide to: Patents 2015, 5th Ed. Global Legal Group Ltd., s.3

<http://www.twobirds.com/~media/pdfs/news/articles/2014/the-new-ec-technology-transfer-agreements-block-exemption-regulation.pdf?la=en>, erişim tarihi: 04.12.2015.

kısıtlara, lisans alanın yeni pazara penetrasyonu için objektif olarak gerekli ise, bireysel muafiyet çerçevesinde izin verilmesi mümkündür. Ayrıca 2014 Rehberi'nde, lisans alanın yeni bir pazara girişi nedeniyle yapacağı yatırımların geri dönüşü için gerekli olması halinde, bu sürenin iki yıldan daha uzun olabileceği de ifade edilmektedir⁴⁷. Tüzük değişikliği bu nitelikte bir korunmanın gerekip gerekmediğini belirleme sorumluluğunu anlaşmanın taraflarına bırakmıştır⁴⁸.

Yeni Tüzük ile yapılan değişikliklere ilişkin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde lisans alanlar ve lisans verenler açısından iki hususun ifade edilmesi mümkündür⁴⁹:

- Lisans alanın yatırımının açıkça gerektirdiği durumlarda taraflar,
 - o Yeni pazarda tanıtım, pazarlama gibi faaliyetlere yönelik olarak ve belirli bir teknolojiye dayalı üretim yapabilmek için ne ölçüde yatırım yapmak gerektiğini sağlıklı bir şekilde tespit ettikleri,
 - o Yapılan yatırımın geri dönüşünün ne kadar zaman alacağını objektif ve gerçekçi bir şekilde tahmin edebildikleri ve buna göre pasif satışlara yönelik kısıtlamaların devam edeceği süreyi belirledikleri sürece mutlak topraksal korumadan⁵⁰ yararlanabilirler.
- Lisans verenler, lisans alanları yeni bir bölgede yatırım yapmaya teşvik etmek için teknik ve/veya pazarlama, reklam gibi çeşitli alanlarda desteklemek isteyebilirler. Ancak bu desteğin yatırımın geri dönüş süresi ile sınırlı olması makul görülmektedir.

b) İnhisari geriye lisans verme yükümlülükleri

Teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti rejiminde yapılan değişiklik öncesinde, geriye lisans verme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme 772/2004 sayılı Tüzüğün 5/1(a) ve (b) maddesinde yer

⁴⁷ 2014 Rehberi paragraf 126.

⁴⁸ Warren Matthew, Zafar Osman, Technology Licensing and Settlements of IP Disputes: Implications of the European Commission's New Regime, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5 No.6, s. 366.

⁴⁹ Warren, Zafar, s. 366.

⁵⁰ Lisans alan için belirlenen müşteri gruplarına ve/veya bölgeye diğer lisans alanlar tarafından aktif ve pasif satış yapılmamasını ifade etmektedir.

almaktadır. Buna göre lisans alan tarafından lisanslı teknolojiye yapılacak iyileştirmelerin inhisari lisansının ya da bu iyileştirmelerden doğan hakların lisans verene veya lisans veren tarafından gösterilen üçüncü kişiye verilmesini öngören anlaşma maddelerinin grup muafiyetinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Burada dikkate alınan husus, bu iyileştirmelerin orijinal lisanslı teknolojiye ayrılabilir olmasıdır. İyileştirmenin lisanslı teknolojiye ayrılabilir olması ise, iyileştirmenin orijinal lisans üzerindeki hak ihlal edilmeden kullanılabilir olmasını ifade etmektedir⁵¹. Bu durumda anlaşmanın geriye kalan kısmı grup muafiyetinden yararlanmaya devam eder, ancak ilgili hüküm grup muafiyeti dışında kalır. Bu maddeye paralel düzenlemeye 2008/2 sayılı Tebliğ’ in 7/2(a) ve (b) maddesinde yer verilmiştir.

Düzenlemenin dayandığı gerekçe ise, 2004 Rehberi’nde özetle şu şekilde açıklanmaktadır: Lisans alanın gerçekleştirdiği ayrılabilir iyileştirmelere ilişkin geriye lisansın lisans verene inhisari olarak verilmesi; lisans alanın, üçüncü kişilere lisans verilmesi de dâhil olmak üzere, kendi geliştirdiği iyileştirmelerden yararlanamamasına yol açacak, bu ise lisans alanın yenilik yapma motivasyonunu azaltabilecektir⁵². Ayrıca lisans verenin pazardaki gücüne bağlı olarak inhisari geriye lisans yükümlülüğünün yenilik pazarı üzerindeki rekabeti kısıtlayıcı etkisi de artacaktır⁵³. Buna karşılık lisans verenin teknolojisinden ayrılabilir olmayan iyileştirmelerin lisans verenin izni olmaksızın kullanılması da imkân dâhilinde değildir; bu nedenle bu nitelikte yükümlülükler TFEU 81. maddesi yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir⁵⁴. Türkiye uygulaması bakımından da benzer yaklaşım benimsenmiş olup ayrılabilir olmayan iyileştirmelere ilişkin inhisari geriye lisans verilmesine ilişkin yükümlülükler Türkiye’de de RKHK’nın 4. maddesi kapsamında görülmemektedir⁵⁵.

316/2014 sayılı yeni Tüzüğün 5/1(a) maddesi ile AB’nin yukarıda belirtilen uygulamasında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile “ayrılabilir” veya “ayrılabilir olmayan” şeklinde farklılaştırmaya gidilmeksizin tüm inhisari geriye yükümlülükler güvenli liman dışında

⁵¹ 2004 Rehberi paragraf 109, 2008 Kılavuzu paragraf 89.

⁵² 2004 Rehberi paragraf 109, 2008 Kılavuzu paragraf 89.

⁵³ 2004 Rehberi paragraf 110, 2014 Rehberi paragraf 129, 130.

⁵⁴ 2004 Rehberi paragraf 109.

⁵⁵ 2008 Kılavuzu paragraf 89.

bırakılmıştır⁵⁶. Dolayısıyla lisans alanı ayrılabilir olmayan iyileştirmeleri bakımından inhisari geriye lisans vermekle yükümlü kılan mevcut lisans anlaşması maddeleri, yeni Tüzük ile birlikte artık TFEU 101/1 madde yasağından muaf tutulmayacak olup bu nitelikte münhasır geriye lisansların lisans alanın yenilik yapma güdüsünü olumsuz etkilemeyeceği görüşü terk edilmiştir^{57, 58}.

Buna karşılık inhisari olmayan, lisans alanın kendi geliştirdiği iyileştirmeleri kendisinin de kullanmasını ya da üçüncü taraflara lisans verebilmesini engellemeyen geriye lisans verme yükümlülükleri Tüzüğün güvenli limanındadır. Karşılıklı olmadığı, bir başka deyişle sadece lisans alana getirildiği ve lisans verenin diğer lisans alanlara iyileştirmeleri yansıttığı hallerde de bu yükümlülükler grup muafiyetinden yararlanabilir⁵⁹. Ancak özellikle tarafların her birinin kendi teknolojisine ilişkin iyileştirmeleri diğeri ile paylaşması yükümlülüğünü de içeren rakipler arası çapraz lisanslama halinde, inhisari olmayan geriye lisans yükümlülüklerinin, yenilik üzerinde olumsuz etkileri de olabilir. Zira tüm iyileştirmelerin rakipler arasında paylaşılması, her bir teşebbüsün diğeriye karşı rekabet üstünlüğü elde etmesini önleyerek teşebbüslerin yenilik yapma güdüsünü azaltabilir⁶⁰.

⁵⁶ 2014 Rehberi paragraf 128, 129.

⁵⁷ Lugard Paul, The New EU Technology Transfer Regime Like a Rolling Stone? Communication & Strategies, No 95, 3rd Q, 2014, s. 53, www.comstrat.org, erişim tarihi: 04.12.2015.

⁵⁸ Regibeau ve Rocket tarafından hazırlanan geriye lisans verme yükümlülüklerinin gelecekteki yenilikleri artırıp artırmadığı, üçüncü tarafların lisans verenin ya da lisans alanın gelecekteki yeniliklerine erişimlerini sınırlayıp sınırlamadığı, ayrılabilir olmayan iyileştirmelere ilişkin geriye lisans yükümlülüklerine hoşgörü ile yaklaşılması yönündeki politikanın sorgulanması gereği konularının da ele alındığı rapor, Komisyonun yeni yaklaşımını etkilemiştir. Ayrıntılı analiz sonuçları için bkz. Regibeau Pierre & Rocket Katharine, Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection, Competition Reports, November 2011.

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/study_ipr_en.pdf, erişim tarihi: 04.12.2015.

⁵⁹ 2014 Rehberi paragraf 131. İnhisari olmayan ancak ayrılabilir iyileştirmeler bakımından geriye lisans verme yükümlülüklerine ilişkin benzer açıklamalar için bkz. 2004 Rehberi paragraf 109, 2008 Kılavuzu paragraf 89.

⁶⁰ 2014 Rehberi paragraf 132. Benzer açıklamalar için bkz. 2004 Rehberi paragraf 111, 2008 Kılavuzu paragraf 91.

Yukarıda belirtilen açıklamalar çerçevesinde, inhisari geriye lisans verme yükümlülükleri bakımından lisans alanlar ile lisans verenlerin aşağıdaki seçenekleri izlemeleri mümkündür⁶¹:

- İnhisari geriye lisans verme yükümlülükleri nedeniyle 316/2014 sayılı Tüzük kapsamında grup muafiyetinden yararlanılamaması halinde, TFEU 101/3. maddesinde düzenlenen koşullar karşılandığı takdirde bireysel muafiyetten yararlanılabilir. Bunun için birel değerlendirme yapılması gerekmektedir.
- İnhisari geriye lisans yükümlülüğünün bireysel muafiyetten yararlanamaması halinde, inhisari olmayan lisans şeklinde anlaşmanın formüle edilmesi mümkün olabilir ya da inhisari kısımlar dışarıda bırakılarak geriye kalan hükümler bakımından muafiyetten yararlanılabilir.
- İyileştirmeler orijinal lisanslı teknolojiye ayrılmaz nitelikte ise; lisans alan, iyileştirmelerin lisansını üçüncü kişilere vermesi halinde, lisans verenin haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek hukuki yollara başvurması riski ile karşı karşıya kalabilir.
- İyileştirmeler orijinal lisanslı teknolojiye ayrılmaz nitelikte ise; lisans alan, kendi geliştirdiği bu iyileştirmeleri kullanmasının bir sonucu olarak lisansla sağlanmayan bir şekilde ya da lisans sona erdikten sonra orijinal lisanslı teknolojiyi kullanırsa, lisans verenin itirazları ile karşılaşabilir.

c) Anlaşmayı sona erdirmeye şartları

Lisans alanına getirilen lisans verenin sahip olduğu fikri hakların geçerliliğine itiraz etmeme yükümlülüğü, 316/2014 sayılı Tüzüğün 5/1(b) maddesi uyarınca grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. Daha önce yürürlükte bulunan 772/2004 sayılı Tüzüğün 5/1(c) maddesi ve bu maddeye paralel 2008/1 sayılı Tebliğ'in 7/2(c) maddesinde de bu yükümlülük, grup muafiyeti dışında bırakılmıştır.

Buradaki gerekçe, geçersiz fikri mülkiyetin, lisans alan için haksız, extra bir maliyet teşkil etmesinin yanı sıra yeniliği ve ekonomik faaliyeti

⁶¹ Warren, Zafar s. 365.

de sınırlayabilmesidir⁶². Lisans alanların, fikri mülkiyet hakkının geçersiz olup olmadığını en iyi bilebilecek konumda olmaları sebebiyle etkin itiraz edebilmelerinin engellenmemesi amaçlanmıştır⁶³, böylece geçersiz fikri mülkiyet haklarının muhafaza edilmesinden kaynaklanan yeniliğin baskılanması riski bertaraf edilmek istenmiştir.

Teknoloji transferi anlaşmalarında yer alan bu tür yükümlülükler, geçersiz bir fikri hakkın pazardan çıkışının önünde önemli bir engel teşkil edebilmesi⁶⁴ nedeniyle otomatik olarak grup muafiyetinden yararlanamamakla birlikte, AB’de TFEU 101/3. maddesi, Türkiye bakımından da RKHK’nın 5/3. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet değerlendirmesine tabi tutulabilir.

Ancak lisansı verilen teknolojinin değerli olması ve teknolojiyi kullanması engellenen ya da belirli bir lisans bedeli karşılığında kullanabilen teşebbüsleri rekabette dezavantajlı hale getirmesi halinde, itiraz etmeme yükümlülüklerinin bireysel muafiyet tanınabilmesi için gerekli koşulları sağlamasının muhtemel olmadığı düşünülür⁶⁵.

Diğer taraftan 772/2004 sayılı Tüzük ile 2008/1 sayılı Tebliğ’in yukarıda belirtilen maddelerinde lisans alanın lisansı verilen fikri hakların geçerliliğine itiraz etmesi halinde, lisans verenin teknoloji transferi anlaşmasını feshetme hakkı saklı tutulmuştur.

Lisans alanlar, lisans bedeli ödemeye devam etmek yerine fikri hakkın geçersizliğini ileri sürmeyi tercih edebilirler. Bu olasılık karşısında çoğunlukla önlem olarak lisans verenler feshe ilişkin hükümlerin anlaşmada bulunmasını gerekli görmekteyler⁶⁶. 772/2004 sayılı Tüzük ve 2008/1 sayılı Tebliğ’de benimsenen bu yaklaşım; lisans verenin, hakkın geçerliliğine itiraz eden bir başka tarafa lisans vermesinin beklenemeyeceği görüşüne dayanmaktadır. Ayrıca lisans alan, fikri mülkiyet hakkının geçersiz olduğu yönünde pozisyonunu belirlediği takdirde, sözleşme konusu ürünleri üretebilmek için itiraz ettiği lisansa da ihtiyaç duymayacaktır⁶⁷. Dolayısıyla lisansı sonlandırma hakkı, fikri

⁶² Commission, Antitrust, 2014, s. 4.

⁶³ 2014 Rehberi paragraf 134, 2004 Rehberi paragraf 112, 2008 Kılavuzu paragraf 92.

⁶⁴ Commission, Antitrust, 2014, s. 4.

⁶⁵ 2004 Rehberi paragraf 112, 2008 Kılavuzu paragraf 92.

⁶⁶ Warren, Zafar, s. 365.

⁶⁷ Lugard, s. 56.

mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz bakımından lisans alanın üçüncü kişilerle aynı konumda olmasını sağlamaktadır⁶⁸.

772/2004 sayılı Tüzük'te yukarıda kapsamı ve gerekçesi açıklanan fikri mülkiyetin geçerliliğine itiraz halinde anlaşmanın sonlandırılması hakkının saklı tutulmasına ilişkin düzenleme, 316/2014 sayılı Tüzük'te ele alınan değişiklik alanlarından bir diğerini oluşturmaktadır.

316/2014 sayılı Tüzüğe ilişkin kamuoyuna sunulan taslak metinde, fikri mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz halinde anlaşmayı sona erdirmeye hükümleri Tüzüğün sağladığı güvenli limanın dışında bırakılmıştır. Burada Komisyon'un lisans alanların fikri hakkın geçerliliğine etkin itiraz edebilmesine verdiği önem etkili olmuş⁶⁹, lisans alanların potansiyel olarak geçersiz olan fikri mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz etmeye teşvik edilmesi saiki ile hareket edilmiştir. Ancak yapılan eleştiriler sonucunda inhisari ve inhisari olmayan anlaşmalar bakımından farklı yaklaşım benimsenmiştir⁷⁰.

316/2014 sayılı Tüzüğün 5/1(b) maddesi ile lisans alanına doğrudan ya da dolaylı olarak lisans verenin AB'de sahip olduğu fikri mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz etmemesi yükümlülüğü getirilmesi muafiyetten yararlanamayan sınırlamalar arasında sayılırken, bu durum karşısında inhisari lisans anlaşmalarında lisans verenin anlaşmayı sonlandırma hakkı saklı tutulmuştur.

Dolayısıyla 316/2014 sayılı Tüzük, **inhisari olmayan lisans anlaşmalarında**, diğer tarafın lisanslı teknolojinin geçerliliğine itiraz etmesi halinde lisans verene anlaşmayı sonlandırmasına izin veren şartları muafiyet dışında bırakmaktadır. Özellikle lisans alanın önemli yatırımlar yaptığı ya da teknolojinin üretimde zorunlu girdi olduğu, dolayısıyla lisans verenin teknolojisinden başka teknolojiye geçmenin büyük kayıplara yol açabileceği (örneğin lisans alanın başka bir teknoloji ile üretimde kullanılmayacak makine ve araçlara yatırım yaptığı) hallerde, lisans anlaşmasının sona erdirilmesi riski veya lisans bedeli yükümlülüklerini aşan riskle karşılaşması lisans alanı fikri mülkiyetin geçerliliğine itiraz etmekten caydırabilir. Bu durumda anlaşmanın sona erdirilmesi hakkı, itiraz etmeme şartı ile benzer etkiye yol açabilir⁷¹.

⁶⁸ 2004 Rehberi paragraf 113, 2008 Kılavuzu paragraf 93.

⁶⁹ Komisyon'un bu konudaki yaklaşımı için bkz. Motorola kararı Case Comp AT. 39985.

⁷⁰ Lugard, s. 56.

⁷¹ 2014 Rehberi paragraf 136, 137.

Buna karşılık **inhisari lisans anlaşmalarında** yer verilen itiraz halinde anlaşmayı sona erdirmeye şartları, ilgili pazar payı eşikleri aşılmadıkça Tüzüğün güvenli limanında korunmaya devam edecektir. Burada Komisyon pazar gücüne sahip lisans alanlar ile yenilikçi ve küçük ölçekte lisans verenler arasındaki dengeyi gözetmiştir. Güçlü lisans alanların küçük ölçekli lisans verenleri münhasır lisans vermeye zorlayabilecekleri, lisans verenlerin itiraz halinde lisansı sonlandırma hakkına sahip olmamaları halinde, lisans alanların lisansı aldıktan sonra lisans bedelini daha düşük düzeyde belirlemek veya başka nedenlerle anlaşma koşullarını yeniden müzakereye açmak amacıyla hükümsüzlük davası tehdidini kullanabilecekleri dikkate alınmıştır⁷². Nitekim böyle bir senaryoda lisans veren anlaşmayı sona erdiremediğinden lisans alan itiraz sürecinde işlem maliyetlerinden avantaj bile sağlayabilmektedir⁷³.

Esasen inhisari lisans anlaşmalarında sona erdirmeye şartlarının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin, genellikle inhisari olmayan anlaşmalara göre daha az olduğu değerlendirilebilir. Zira inhisari lisansla lisanslı teknolojiye gelir elde etme bakımından, lisans alan lisans verenin tek gelir kaynağıdır⁷⁴. Lisans verenin inhisari lisans sona ermedikçe diğer muhtemel lisans alabileceklerle anlaşması ya da sözleşme konusu ürünlerin üretimini kendi üzerine alması mümkün olmayacaktır⁷⁵. Bu durumda lisans verenin, ürünü üretmek, geliştirmek ve pazarlamak için artık önemli çaba göstermeyen lisans alan ile anlaşmaya bağlı kalmaya devam etmek zorunda kalması, lisans verende yenilik geliştirme ve dışarıya lisanslama konusunda isteksizlik yaratacaktır⁷⁶.

Pazar payı eşiklerinin aşılmadığı inhisari lisanslamada anlaşmayı sona erdirmeye şartlarının otomatik olarak muafiyet kapsamına alınması ile bir yanda yenilik yapma ve dışarıya lisans verme güdüsünü muhafaza etme, diğer tarafta ekonomik faaliyet ve yenilik için bir engel oluşturan

⁷² Lugard, s. 57.

⁷³ Eccles, s. 3

⁷⁴ 2014 Rehberi paragraf 139.

⁷⁵ Lugard, s. 57.

⁷⁶ 2014 Rehberi paragraf 139.

geçersiz fikri mülkiyet haklarının bertaraf edilmesi arasında sağlıklı bir dengenin oluşturulması beklenmektedir⁷⁷.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde lisans alanlar ve lisans verenler için şu iki husus ifade edilebilir:

Birincisi, fikri mülkiyet hakkına ilişkin lisans, geçerliliğine itirazın sonucu belirlenene kadar devam edecektir. Bu açıdan yeni Tüzük ile lisans alanlar lehine daha fazla serbesti ve daha fazla hukuki belirlilik temin edilmiştir⁷⁸.

İkincisi, yeni Tüzük pazar payı eşiklerinin aşılmadığı inhisari lisansta, lisans verene fikri hakkın geçerliliğine itiraz eden lisans alan ile anlaşmaya bağlı kalmaktan kurtulmasını mümkün kılan bir koruma alanı sağlamıştır. Bu özellikle inhisari temelde teknolojisini lisanslayan orta ve küçük ölçekli teşebbüsler açısından önem taşımaktadır. Ancak inhisari olmayan anlaşmalar yoluyla teknolojisini kullandıran lisans verenler, inhisari olmayan geriye yükümlülükler güvenli limanın dışında bırakıldığından daha fazla belirsizlikle karşı karşıyadır⁷⁹.

4.2. 2014 Rehberi İle Yapılan Başlıca Değişiklikler

2014 Rehberi ile yapılan değişiklikler, aşağıda uzlaşma anlaşmaları ve teknoloji havuzları olmak üzere iki başlıkta incelenmiştir.

a) Uzlaşma anlaşmaları bakımından başlıca değişiklikler

Teknoloji ihtilafları (örneğin patentin hükümsüzlüğü) bağlamında uzlaşma anlaşmaları, anlaşmazlıklara, karşılıklı olarak kabul edilebilir çözüm bulunmasına yönelik hukuki bir yoldur. Taraflar, kanıtlanması çok maliyetli, zaman alıcı ve sonucu bakımından belirsiz olması nedeniyle dava ya da ihtilafı sürdürmek yerine uzlaşmayı tercih edebilirler⁸⁰. Ancak uzlaşma koşulları, özellikle taraflarının fiili veya potansiyel rakip teşebbüsler olması halinde, bir lisans anlaşması gibi TFEU 101/1. maddesini ihlal edebilir. Dolayısıyla uzlaşma anlaşmaları bağlamındaki lisanslamalara da, diğer lisans anlaşmaları ile aynı şekilde muamele edilmesi gerekmektedir⁸¹. 2014 Rehberi'nde Komisyon'un çeşitli kararları

⁷⁷ Commission, Antitrust, 2014, s. 4; ayrıca itiraz etmeme yükümlülüklerinin etkileri için bkz. Miller Alan D., Cal Michal S., Licensee Patent Challenges, Yale Journal on Regulation Vol. 32, No.1 Winter 2015, s.121-160.

⁷⁸ Warren, Zafar, s. 365.

⁷⁹ Warren, Zafar, s. 365.

⁸⁰ 2014 Rehberi paragraf 235.

⁸¹ 2014 Rehberi paragraf 237.

da dikkate alınarak bu tür anlaşmalara belirlilik sağlanması hedeflenmiştir⁸².

2014 Rehberi'nin 4.3. sayılı bölümünde lisans alanın anlaşma konusu pazarlara arzının kısıtlanmasına ya da geciktirilmesine yol açan anlaşma anlaşmaları detaylı olarak ele alınmıştır. Genel olarak gecikme için ödeme (pay for delay)⁸³ ya da tersine ödeme (reverse payment)⁸⁴ anlaşması olarak adlandırılan bu tip anlaşmalar, çoğunlukla teknoloji transferi içermezler ve bir taraftan diğer tarafa pazara girişinin ya da pazarda büyümesinin sınırlandırılması karşılığında değer transfer edilmesi suretiyle gerçekleştirilirler⁸⁵.

Böyle bir anlaşmanın tarafları fiili ya da potansiyel rakipler ve lisans verenden lisans alana önemli bir değer transferi gerçekleştirilmiş ise, Komisyonun ve rekabet otoritelerinin özellikle pazar paylaşımı riskine karşı dikkatli hareket etmeleri kaçınılmazdır⁸⁶. Nitekim 2014 Rehberi'nde bu tür anlaşmaların, 316/2014 sayılı Tüzüğün pazarların ya da müşterilerin paylaşılmasına ilişkin 4/1(c) maddesi ve lisans alanın kendi teknolojisini kullanma hakkının sınırlandırılması ya da zorunlu olmadıkça araştırma geliştirme faaliyetinde bulunmasının sınırlandırılmasına ilişkin 4/1(d) maddesi çerçevesinde değerlendirileceği ifade edilmiştir⁸⁷.

Daha önce yürürlükte bulunan 2004 Rehberinde anlaşma anlaşmaları bağlamında fikri mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz etmeme şartının genellikle AB Antlaşmasının 81/1. maddesi (TFEU 101/1. madde) yasağının dışında olduğu ifade edilmiştir. Buna göre

⁸² Lundbeck, Case Comp/AT.39226, T-472/13; Johnson & Johnson/Novartis, Case Comp/AT.39685; Servier, Case Comp/AT.39612; Cephalon and Teva, Case Comp/AT.39686.

⁸³ Belirli bir bedel karşılığında lisans alanın belirli bir süre üretim miktarını artırmaması veya mevcut teknolojiyi kullanması veya mevcut teknolojiyi geliştirmemesi gibi sınırlamaları içeren anlaşmalar, bu tür anlaşmalar arasında sayılabilir.

⁸⁴ Tersine ödeme, lisans anlaşmasında normalde ne şekilde ortaya çıkacak idi ise bunun zıt yönünde yapılan ödemeyi ifade etmektedir. Örneğin genellikle lisans alan patent sahibine piyasaya giriş hakkı için ödeme yaparken, bu tür anlaşmalarda lisans alana ödeme yapılmaktadır (Commission, Antitrust, s.5).

⁸⁵ 2014 Rehberi paragraf 238.

⁸⁶ Rab Suzanne, New EU Technology Transfer Block Exemption: A Note of Caution, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 7, s. 442; Cook Trevor, The New EU Guidelines on Technology Transfer Agreements, Journal of Intellectual Property Rights, Vol. 19, May 2014, s. 231.

⁸⁷ 2014 Rehberi paragraf 239.

anlaşmanın amacı mevcut uyumsuzlukları çözmek ve /veya gelecekteki uyumsuzluklardan kaçınmak olduğu için, tarafların anlaşma kapsamındaki fikri mülkiyet haklarının geçerliliğine anlaşmanın yapılmasından sonra itiraz etmeme konusunda mutabakat sağlamaları anlaşmanın doğal bir parçasıdır⁸⁸. Türkiye uygulamasında da 2008 Kılavuzu'nda benzer düzenleme yer almaktadır⁸⁹.

Buna karşılık yeni Rehber ile; uzlaşma anlaşmalarında itiraz etmeme şartının, belirli koşullarda TFEU 101/1. maddesi gereği yasaklanabileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Böylece fikri mülkiyet hakkına itiraz özgürlüğünün kısıtlanmasının anlaşmanın doğal bir parçası olduğu yaklaşımı terk edilmiştir. Örneğin yanılma yoluyla, yanlış bilgilendirme sonucu fikri mülkiyet hakkının verilmesi halinde, itiraz etmeme şartı TFEU 101/1 maddesi yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir⁹⁰. Lisans veren, teknoloji haklarının geçerliliğine itiraz etmeme konusunda anlaşmak için, teknoloji haklarının lisansının yanı sıra finansal olarak ya da diğer şekillerde lisans alanı destekliyor ise ya da teknoloji hakları lisans alanın üretimi için gerekli bir girdi ise bu tür anlaşma maddelerinin incelenmesi gerekecektir⁹¹.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde lisans alanlar ile lisans verenler için aşağıdaki hususlar ifade edilebilir⁹²:

- Rekabet hukuku yaptırımına maruz kalmamak için uzlaşmanın Rehber'de tanımlanan nitelikte rekabetçi endişe yaratıp yaratmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için iki sorunun cevaplandırılması yardımcı olacaktır. Birincisi lisans verenden lisans alana herhangi bir şekilde değer transferi yapılıyor mu? İkincisi lisans alanın ilgili ürünleri piyasaya arzını geciktiren ya da başka bir şekilde engelleyen unsur var mı?

- Dokümanlarda lisans alanın teknolojiyi kullanmaktan alıkoymasını ima eden ifadelerden ve lisans alana değer aktarımı ile lisans alanın teknolojiyi kullanabilmesine getirilen herhangi bir kısıt arasında bağ kurulmasından kaçınılması önem taşımaktadır.

⁸⁸ 2004 Rehberi paragraf 209.

⁸⁹ 2008 Kılavuzu paragraf 181.

⁹⁰ AstraZeneca v. Commission Case C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770 .

⁹¹ Commission, Antitrust, 2014 s. 5, 2014 Rehberi paragraf 243.

⁹² Warren, Zafar s. 367.

b) Teknoloji havuzları bakımından başlıca değişiklikler

Teknoloji havuzları toplam lisans bedeline sınır getirilerek çifte marjinalizasyonun engellenmesi, tek bir noktadan teknolojilerin lisanslanması yoluyla işlem maliyetlerinin düşürülmesi gibi rekabeti artıran etkiler yaratabilir⁹³. Buna karşılık teknoloji havuzlarının rekabeti kısıtlayıcı etkileri de olabilir. Teknoloji havuzu, havuzda bulunan teknolojilerin ortak satışını ifade etmektedir. Örneğin bu teknolojilerin yalnızca ikame teknolojiler olması ya da büyük bir çoğunluğunun bu nitelikte olması fiyat karteline yol açabilir. Bunun yanı sıra teknoloji havuzları bir endüstri standardını destekleyebilir veya fiili bir endüstri standardı oluşturabilir. Bu durumda havuz, pazarı alternatif teknolojilere kapatarak yeniliğin azalmasına yol açabilir; standardın ve ilgili teknoloji havuzunun varlığı yeni ve gelişmiş teknolojilerin pazara girişini de zorlaştırabilir⁹⁴.

Değişiklik öncesi yürürlükte bulunan 772/2004 sayılı Tüzük'te üçüncü kişilere bir paket halinde lisans vermek üzere teknoloji havuzlarının oluşturulmasına⁹⁵ ve havuzların işleyiş koşullarının belirlenmesine⁹⁶ ilişkin anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında olmadığı, bununla birlikte havuzdan üçüncü kişilere verilen lisansların, Tüzükteki tüm koşulların karşılanması halinde grup muafiyetinden yararlanan diğer lisans anlaşmaları gibi değerlendirilecekleri belirtilmiştir⁹⁷. 2008/2 sayılı Tebliğ⁹⁸ ve 2008 Kılavuzu'nda⁹⁹ da benzer yaklaşım benimsenmiştir.

Bu duruma ilişkin olarak iki sebep ifade edilmektedir:

Birincisi teknoloji havuzlarının oluşumu ve işleyişi ile ilgili anlaşmalar, genellikle lisans konusu teknolojiyi kullanarak mal veya hizmet üretilmesine yönelik anlaşmalar değildir¹⁰⁰. Oysa daha önce de ifade edildiği üzere, gerek Tüzükler gerekse Tebliğ'in kapsamı, lisansı verilen teknoloji kullanılarak mal ve hizmet üretilmesine ilişkin belirli anlaşma kategorileri ile sınırlıdır.

⁹³ 2004 Rehberi paragraf 214, 2014 Rehberi paragraf 245, 2008 Kılavuzu paragraf 186.

⁹⁴ 2004 Rehberi paragraf 213, 2014 Rehberi paragraf 246, 2008 Kılavuzu paragraf 185.

⁹⁵ 772/2004 sayılı Tüzük Dibace paragraf 7

⁹⁶ 2004 Rehberi paragraf 212.

⁹⁷ 2004 Rehberi paragraf 212.

⁹⁸ 2008/2 sayılı Tebliğ, Genel Gerekeçe, paragraf 8.

⁹⁹ 2008 Kılavuzu paragraf 184

¹⁰⁰ Rab, s.443.

İkincisi teknoloji havuzları, iki ya da daha fazla tarafın bir teknoloji paketi oluşturarak, havuza katılanlara ve üçüncü kişilere bu paketteki teknolojilerin lisansını verdikleri anlaşmalardır¹⁰¹. Ancak havuz anlaşmaları içerecekleri teknolojilerin seçimi ve havuzun işleyişi bakımından diğer lisans anlaşmalarında karşılaşılmayan bazı sorunlara yol açabilmektedir¹⁰².

2014 Rehberi'nde ise bu iki gerekçe ile teknoloji havuzlarının oluşturulması ve işleyişine ilişkin anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında olmadığı tekrar edilmiş, ayrıca lisans koşullarının havuza katılanlar tarafından ortak belirlenmesi nedeniyle havuzdan dışarıya teknoloji lisansının verildiği anlaşmaların genellikle çok taraflı anlaşmalar olduğu, bundan dolayı da bu tür anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında olmadığı ifade edilmiştir^{103, 104}.

2014 Rehberinde dikkat çeken hususları, üç başlıkta ifade etmek mümkündür:

Birincisi, yukarıda da belirtildiği üzere, havuzdan dışarıya lisans verilmesi anlaşmalarına ilişkin Komisyonun yaklaşımında önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bundan sonra bu tür anlaşmalar, grup muafiyeti koşulları dikkate alınarak değerlendirilmeyecek; ancak bireysel değerlendirmeden sonra, TFEU 101/1. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verilebilecektir¹⁰⁵.

İkincisi, Komisyon “zorunlu (essential) teknoloji” kavramına açıklık getirmiştir. Buna göre teknolojinin “zorunlu olması” sadece belirli bir ürünün üretimine ilişkin değil, havuzun desteklediği standarda uyum bakımından da zorunlu olmayı ifade etmektedir¹⁰⁶.

2014 Rehberinde dikkat çeken üçüncü husus ise, hem havuzun oluşturulmasını hem de havuzdan lisans verilmesini kapsayan güvenli limanın koşullarının listelenmesidir¹⁰⁷.

¹⁰¹ 2004 Rehberi paragraf 210, 2008 Kılavuzu paragraf 182.

¹⁰² 2004 paragraf 212, 2008 Kılavuzu paragraf 184.

¹⁰³ 2014 Rehberi paragraf 247.

¹⁰⁴ Bellis, s. 56

¹⁰⁵ Lugard, s. 58.

¹⁰⁶ Bellis, s. 56, 2014 Rehberi paragraf 252.

¹⁰⁷ Bellis, s. 56.

2014 Rehberinde bu koşullar aşağıdaki şekilde sayılmaktadır¹⁰⁸.

- Havuzun oluşumu sürecinde, havuz tüm ilgili teknoloji hak sahiplerinin katılımına açık olmalıdır.
- Sadece zorunlu (dolayısıyla tamamlayıcı) teknolojilerin havuza dâhil olmasını sağlayacak önlemler alınmadır.
- Rekabete duyarlı bilgi (fiyatlama, üretim miktarı vb) değişimi, havuzun oluşumu ve işleyişi için gerekli olanın ötesine geçmeyecek şekilde yeterli önlemler alınmalıdır.
- Havuzdaki teknolojiler havuz içine inhisari olmayan temelde lisanslanmalıdır.
- Havuzdaki teknolojiler havuz dışına tüm potansiyel lisans alanlara ayrımcı olmayan, adil ve makul (FRAND) koşullarla lisanslanmalıdır.
- Havuza taraf teşebbüsler ve lisans alanlar havuzdaki teknolojilerin zorunlu ve geçerli olduğuna serbestçe itiraz edebilmelidirler.
- Havuza taraf teşebbüsler ve lisans alanlar serbestçe rakip ürün ve teknoloji geliştirebilmelidirler.

Bu paragrafta sayılan tüm koşulların yerine getirilmesi halinde, tarafların pazardaki konumu dikkate alınmaksızın, havuzdan dışarıya lisans verilmesi de dâhil olmak üzere havuzun oluşumu ve işleyişinin genellikle TFEU 101/1. madde kapsamı dışında olduğu düşünülür¹⁰⁹.

5. YENİ REJİME YÖNELİK ELEŞTİRİLER

316/2014 sayılı Tüzük, 772/2004 sayılı önceki Tüzük'te uygulanan kuralların büyük bir bölümünü devam ettirmektedir. Bu nedenle Tüzük'te gerçekleştirilen değişikliklerin ihtiyacı karşılamadığı yönünde görüşler bulunduğu gibi, yürürlükteki rejimin farklı durumlara uygulamak için yeterince esnek olduğu ve karara bağlanmamış soruşturmalar ile davalarda örneğin ilaç sektöründe gecikme ve kısıtlama için ödeme anlaşmaları gibi karmaşık sorunlar henüz kesin olarak çözümlenmediğinden yeni rejimin uygulamaya konulduğu tarih itibarıyla rejimde önemli değişiklikler yapılmasının erken olduğu¹¹⁰ yönünde de görüşler bulunmaktadır.

¹⁰⁸ 2014 Rehberi paragraf 261.

¹⁰⁹ 2014 Rehberi paragraf 261; Commission Antitrust, 2014, s. 5.

¹¹⁰ Pazzi s. 158.

Bununla birlikte, Tüzük'te ve Rehber'de yapılan değişikliklerin etkilerinin önemli olduğu genel kabul görmekte, değişikliklerin getireceği risklere dikkat çekilmektedir. Bu düzenlemelere yönelik eleştirilerin daha çok hukuki belirsizlik üzerine yoğunlaştığı gözlenmektedir.

Bu grup eleştirilerden birisi, yeni Tüzüğün önceki rejimle sağlanan otomatik muafiyetin kapsamını belirli açılardan daraltmış olduğudur. 2014 Rehberi söz konusu kısıtlamalar ya TFEU 101/1. maddesinin yasağına yakalanmaması ya da 101/3. maddesi çerçevesinde bireysel değerlendirmeye uygun olması nedeniyle 101. madde yaptırımının uygulanmadığı koşullarda teşebbüslerin kendi kendilerine değerlendirme yapabilmelerine yol göstermektedir. Düzenlemenin tümü dikkate alındığında otomatik muafiyetin kapsamının kademeli olarak daralması, bir yandan TFEU 101/3. maddesine göre bireysel değerlendirmeye verilen önemi göstermekte, bir yandan da taraflar için hukuki belirliliği azaltmaktadır¹¹¹.

Bir başka eleştiri, teknoloji lisansının oluştuğu ekonomik koşullar ve çoğunlukla karmaşık pazar yapısı ve ilişkilerinin bir sonucu olarak Tüzüğün kendisinin bir nihai çözüm noktasını oluşturamamasıdır. 316/2014 sayılı Tüzüğün gerekleri her zaman açık olmadığı gibi Tüzük ve ilgili Rehber sadece TFEU 101. madde sorunlarına yöneliktir. Örneğin teknoloji transfer anlaşması çok taraflı olabilir, lisans konusu haklar Tüzük kapsamına dahil haklar olmayabilir, ilgili pazar payı eşikleri aşılabilir, anlaşma açık rekabet yasakları içerebilir, Tüzük gereklerine uygunluğun sağlanması için yapılan ekler ticari alana uygulanamayabilir, anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayan sınırlamalar (excluded restrictions) içerebilir ancak bu sınırlamalar için anlaşmanın geri kalanından ayrılabilir olması halinde TFEU 101. maddesi ile uyumlu olduğuna ilişkin bireysel değerlendirme gerekir¹¹². Diğer taraftan teknoloji pazarları ve pazar payları hızla değişmektedir. Yeni bir ürün pazara girip hızla pazar payı kazanabilmektedir. Başlangıçta yeni teknoloji, tek olduğundan belirlenen pazarda pazarın tamamını oluşturabilmektedir. Bu yüzden anlaşma Tüzüğün güvenli limanı dışına düşebilmektedir¹¹³.

İkinci grup eleştiri ise değişikliklerin hem lisans alanlar hem lisans verenler için çeşitli handikaplara yol açacağı yönündedir. Buna göre grup

¹¹¹ Eccles, s. 4.

¹¹² Rab, s. 444.

¹¹³ Rab, s. 447.

muafiyet rejiminde değişiklik yapılırken özellikle inhisari geriye lisans verme yükümlülükleri dikkate alındığında, güçlü lisans verenler karşısında zayıf pazarlık gücüne sahip lisans alanların pozisyonunu güçlendirmek isteği ve geçersiz fikri mülkiyet hakkını koruma tehlikesini azaltmak güdüsü ile hareket edilmiştir¹¹⁴. Bu değişiklikler ilk bakışta lisans alan lehine gözükmeyle birlikte, tüm ilgililer değişikliklerin avantajlarından yararlanmak ve doğan riskleri bertaraf etmek isteyeceklerinden yeni rejim lisans müzakerelerinin dinamiklerini etkileyecektir. Kısa dönemde anlaşmaya varılmasını zorlaştırabileceği gibi lisans uzlaşmazlıklarının sayısını da artıracaktır. Uzun dönemde değişikliklerin lisans alan lehine niteliği daha az sayıda lisans konusunda anlaşılmasına neden olabilir; üzerinde anlaşmaya varılanlar ise lisans verenin risklerini azaltmaktan uzak, daha dar kapsamda olabilir¹¹⁵.

6. SONUÇ

Bu çalışmada, teknoloji transfer anlaşmalarına ilişkin AB grup muafiyet rejiminde yapılan ve Türkiye uygulaması bakımından da önem taşıdığı düşünülen başlıca değişiklikler incelenmiştir. Bunlardan 316/2014 sayılı Tüzük'te yapılan üç dikkat çekici değişikliği aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

- Önceki uygulamada, lisans alanın faaliyete başladığı tarihten itibaren iki yıl süresince münhasır bölgesine ya da müşteri grubuna diğer lisans alanların pasif satışını yasaklayan anlaşma grup muafiyetinden yararlanırken, yeni durumda bu istisna kaldırılmıştır. Ancak yeni pazara giriş nedeniyle maruz kalınan maliyeti karşılamak için gerekli olması halinde bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılması mümkündür.
- Önceki uygulamaya göre, lisans alanın lisanslı teknolojide yapacağı iyileştirmelerin inhisari lisansının veya bu iyileştirmeden doğan hakların lisans verene veya lisans verenin göstereceği üçüncü kişilere devri yükümlülüğü, iyileştirmeler lisanslı teknolojiden ayrılabilir ise grup muafiyetinden yararlanamamaktadır; ancak anlaşmanın

¹¹⁴ Lugard, s. 59

¹¹⁵ Warren, Zafar, s. 367

geriye kalan kısmı gerekli koşulları karşılması halinde grup muafiyetinden yararlanmaya devam etmektedir.

Yeni durumda “ayrılabilir” ifadesi ilgili madde metinden çıkarılmıştır. Dolayısıyla iyileştirmelerin lisanslı teknolojiden “ayrılabilir” olup olmadığına bakılmaksızın tüm inhisari geriye lisans yükümlülükleri artık grup muafiyetinden yararlanamamaktadır.

- Önceki uygulamada lisans alanın lisans verenin haklarına itiraz etmesini yasaklayan hükümler grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. Ancak lisans alanın itiraz etmesi halinde lisans verenin anlaşmayı feshetme hakkı saklıdır.

Yeni durumda madde metnine “inhisari lisans” ifadesi eklenmiştir. Yine lisans alanın lisans verenin haklarına itiraz etmesini yasaklayan hükümler grup muafiyetinden yararlanamamaktadır; ancak inhisari lisans anlaşmalarında lisans alanın itirazı halinde lisans verenin anlaşmayı feshetme hakkı saklıdır. Dolayısıyla inhisari olmayan anlaşmalarda lisans verene anlaşmayı sonlandırma hakkı tanıyan hüküm muafiyetten yararlanamamaktadır.

Bu çalışmada ayrıca teknoloji transfer anlaşmalarına ilişkin AB Rehberi’nde yapılan yine önemli iki değişikliğe yer verilmiştir:

- Yeni durumda uzlaşma anlaşmaları bağlamındaki lisans anlaşmalarının da rekabeti kısıtlayıcı olabileceği kabul edilmiştir. Bu anlaşmalara da artık diğer lisans anlaşmaları ile aynı şekilde muamele edilecektir.
- Teknoloji havuzlarına ilişkin önceki uygulamanın aksine, yeni durumda, lisanslamanın koşullarını havuza katılanların ortak belirlemesi nedeniyle havuz ve lisans alanlar arasındaki lisans anlaşmalarının çok taraflı anlaşmalar olduğu belirtilmiş, bu anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu tür lisans anlaşmaları bakımından, ancak bireysel muafiyet değerlendirmesinden sonra, TFEU 101/1. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılabacaktır. Ayrıca ilk defa teknoloji havuzunun oluşumu ve işleyişine ilişkin güvenli limanın koşulları belirlenmiştir.

Bu değişiklikler çerçevesinde 316/2014 sayılı Tüzük ile başlayan yeni durumda otomatik muafiyetin sınırlarının biraz daha daraltılmış olduğunu ifade etmek mümkündür.

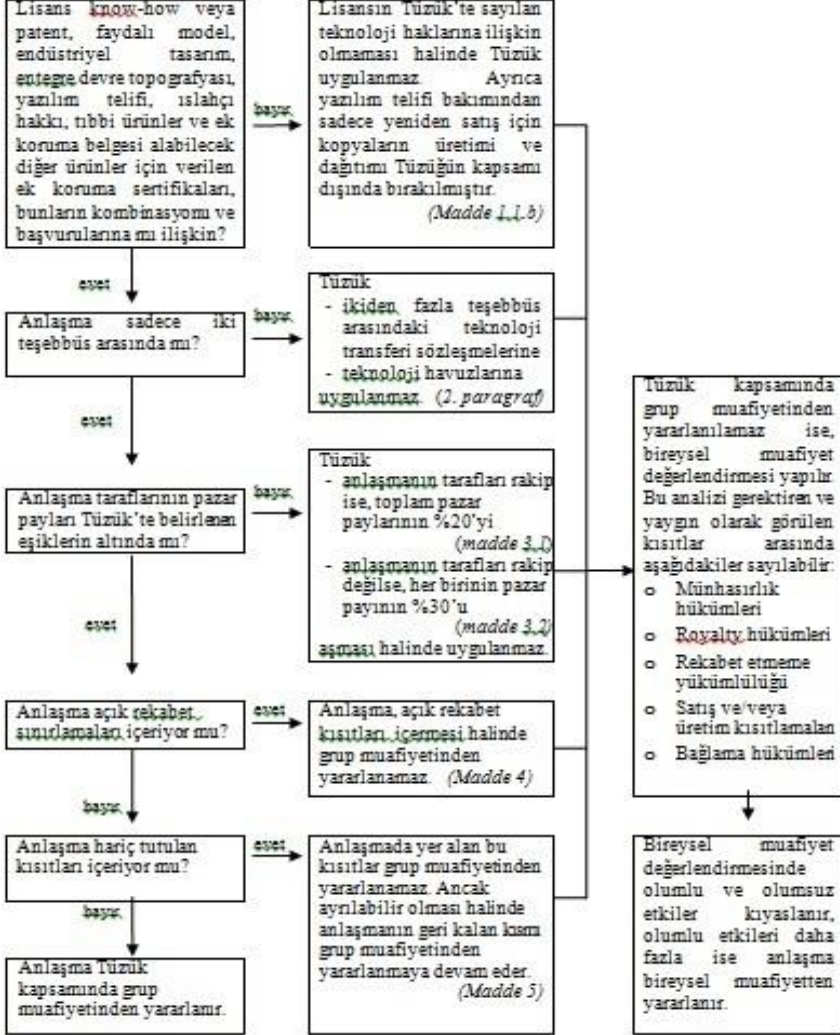
Esasen Komisyon'un bu yaklaşımı, bu Tüzük'ten önce benimsenen Tüzüklerde de gözlenmektedir. 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ile anlaşmaların bildirim yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu tarihten itibaren de teşebbüslerin tarafı oldukları/olacakları anlaşmalarla ilgili olarak yapacakları kendi değerlendirmeleri giderek önem kazanmaktadır. Buna karşılık grup muafiyeti düzenlemelerinde otomatik muafiyetin sınırlarının giderek daralması nedeniyle taraflar için hukuki belirlilik de azalmaktadır. Bu eğilim Türkiye uygulaması bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte tam bir hukuki kesinlik sağlayamasa da başlangıç noktası olarak konuya ilişkin Rehber/Kılavuz bireysel değerlendirmede doğabilecek rekabet sorunlarına ilişkin hükümleri belirlemeye yardımcı olabilir.

Özellikle teknoloji transferi grup muafiyet rejiminde geriye lisans verme yükümlülüğü ve itiraz halinde anlaşmayı sona erdirmeye şartı bakımından yapılan değişikliklerin uzun dönemde önemli etkilerinin olması beklenmektedir. Bu değişiklikler teşebbüsler arasında lisans müzakereleri ve uzlaşmazlıklar için tartışmalı bir zemin yaratmalarının yanı sıra rekabet otoriteleri ve mahkemelerin odaklanacağı sorunsal alanlara da işaret etmektedir.

Türkiye'de uygulanmakta olan teknoloji transferi grup muafiyet rejimi önceki AB rejimi ile büyük ölçüde uyumludur. Ancak 2014'te uygulamaya konulan AB rejimindeki değişiklik alanlarının, Rekabet Kurumunun da AB mevzuatına uyum çerçevesinde teknoloji transfer anlaşmalarına ilişkin 2008/2 sayılı Tebliğ'in gözden geçirilmesi aşamasında göz önünde bulundurulması gereken alanlar olacağı ifade edilebilir.

Diğer taraftan Türkiye düzenlemelerindeki farklılıklardan dolayı, AB'de de faaliyet göstermekte olan teşebbüsler bakımından mevcut lisans anlaşmalarının özellikle geriye lisans verme yükümlülükleri ve itiraz halinde anlaşmayı sona erdirmeye şartı bakımından yeni duruma göre gözden geçirilmesi ve uyum sağlanması, yeni lisans anlaşmalarının ise 316/2014 sayılı Tüzüğe ya da 2014 Rehberine uygun olduğunun belirlenmesi ve patent havuzlarına girilmesi halinde anılan Rehberin güvenli liman koşullarına dikkat edilmesinde fayda bulunmaktadır.

Şekil 1. Teknoloji Transfer Anlaşmalarına İlişkin 316/2014 sayılı Tüzük Muafiyet Rejimi Genel Çerçevesi



Kaynak:

https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/competition/document/391332/5BJ4-9351-F187-725J-0000000/Technology_transfer_users_guide'dan yararlanılmıştır.

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
bkz.	: Bakınız
dn	: dipnot
FRAND	: fair, reasonable and non-discriminatory terms-ayrımıcı olmayan adil ve makul koşullar
No	: Numara
OJ	: Official Journal
TFEU	: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RKK	: Rekabet Kurulu Kararı
S.	: Sayı
s.	: sayfa
vb	: ve benzeri
Vol.	: Volume

KAYNAKÇA

- Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, Ekin Kitapevi, 4. Baskı, 2007.
- Bellis, Jean François, IP and Competition: A Survey of developments in the Past Year, Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No.1, p. 54-60.
- Cook Trevor, The New EU Guidelines on Technology Transfer Agreements, Journal of Intellectual Property Rights, Vol. 19, May 2014, p. 229-233.
- Eccles Richard, “A New EC Technology Transfer Agreements Block Exemption Regulation”, ICLG The International Comparative Legal Guide to: Patents 2015, 5th Ed. Global Legal Group Ltd., 2014, <http://www.twobirds.com/~media/pdfs/news/articles/2014/the-new-ec-technology-transfer-agreements-block-exemption-regulation.pdf?la=en>, erişim tarihi: 04.12.2015.

- European Commission, Press Release, Antitrust: Commission adopts revised competition regime for technology transfer agreements – frequently asked questions, 21.03.2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-208_en.htm, erişim tarihi: 04.12.2015.
- European Commission, Regulation (EC) No 772/2004 of 27.04.2004 on the application of Article 81/3 of the Treaty to categories of technology transfer agreements, OJ L 123, 27.04.2004, p.11-17.
- European Commission, Regulation (EC) No 316/2014 of 21.03.2014 on the application of Article 101/3 of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, OJ L 93, 28.03.2014, p.17-23.
- European Commission, Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 23.4.2010, p.1-7.
- European Commission, Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ C 101, 27.04.2004, p. 2-42.
- European Commission, Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, OJ C 89, 28.03.2014, p.3-50.
- Lugard Paul, The New EU Technology Transfer Regime Like a Rolling Stone? Communication & Strategies, No 95, 3rd Q, 2014, p. 41-60, www.comstrat.org, erişim tarihi: 04.12.2015.
- Miller Alan D., Cal Michal S., Licensee Patent Challenges, Yale Journal on Regulation Vol. 32, No.1 Winter 2015, p.121-160.
- Odman N. Ayşe. Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2002.

- Pazzi, Maria Gaia, Revised Technology Transfer Block Exemption Rules, Italian Antitrust Review, 2014, 1(2) DOI 10.12870/iar-10205, p. 153-158.
- Rab Suzanne, New EU Technology Transfer Block Exemption: A Note of Caution, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 7, p. 436-450.
- Regibeau Pierre, Rocket Katharine, Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection, Competition Reports November 2011.
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/study_ipr_en.pdf, erişim tarihi: 04.12.2015.
- Rekabet Kurumu, 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, RG 23.01.2008, 26765.
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fTebli%25c4%259f%2fteblig37.pdf>
- Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5. Maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, RKK 13.05.2009, 09-22/486
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fkilavuz10.pdf>
- Warren Matthew, Zafar Osman, Technology Licensing and Settlements of IP Disputes: Implications of the European Commission's New Regime, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5 No.6, p. 364-367.

ONUNCU YILINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİ KİŞİLERİN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞME RUHU

Elif ÇELİK*

ÖZET

Bu çalışma, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmesinin üzerinden on yıla yakın bir süre geçen Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'ne (CRPD) yönelik kısa bir değerlendirmeyi ve Sözleşme çerçevesinde engellilerin insan hakları yaklaşımında son yıllarda gelinen noktayı ortaya koymayı amaçlamaktadır. Literatürde bir “paradigma değişikliği” olarak adlandırılan Sözleşmeye bu özelliği sağlayan unsurlar bilhassa vurgulanmaya değer olduğundan, çalışma kapsamında Sözleşmenin ruhu olarak ifade edilebilecek bu prensiplerden öne çıkanların neler olduğu ve söz konusu prensiplerin gerek Sözleşme metni ve maddelerinde, gerekse uygulamada nasıl yorumlandığı ve hayat bulduğu konu edinilecektir.

Anahtar Sözcükler: BM Engelli Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları, Engellik

THE UN CONVENTION ON RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN A DECADE AND THE SPIRIT OF THE CONVENTION

ABSTRACT

This study aims to display the brief evaluation of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which has been adopted by the UN General Assembly for almost a decade ago, and to demonstrate the current stage reached regarding the human rights of persons with disabilities in line with the Convention. Since it is at most importance to emphasize those key principles which provide the distinct feature of the Convention which is phrased as a “paradigm shift”; the purpose of the study is to touch on these leading principles which could be identified as the soul of the Convention and to see how these principles are interpreted and realized through the Convention text, articles and practice.

Keywords: UN Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities, Human Rights, Disability

*Yrd. Doç. Dr. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Geride bıraktığımız on yılda, uluslararası insan hakları tartışmaları ve hukukunda görünürlük kazanan gruplardan biri de engelliler olmaktadır. Tarihsel açıdan oldukça geç beliren bu görünürlükte rol oynayan önemli nedenlerden biriyse, konuya ilişkin yürürlüğe giren uluslararası bir sözleşmenin varlığıdır. *Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi* olarak anılan Sözleşme bugün engelli kişilerin insan haklarına yaklaşımda sıklıkla bir “paradigma değişikliği” olarak ifade edilmektedir. Öte yandan, konuya ilişkin bir uluslararası sözleşmenin varlığı ve uluslararası toplumca kabulünün, bundan böyle bir hak öznesi olarak ele alınacak engelli kişiler bakımından karşılaşılan çok boyutlu insan hakları sorunlarını bertaraf etmek konusunda etkin olup olmayacağı sorusunun cevabı, her şeyden önce Sözleşmeyi hayata geçiren ruh ve prensiplerin anlaşılmasından geçmektedir.

Bu bakımdan bu çalışma, engelli kişilerin insan haklarının bugününü ortaya koyarken, yakın geçmişten yola çıkarak, paradigma değişikliğine konu olan yaklaşımdaki farkın altını çizmeye çalışmakta ve bu anlamda üç önemli başlığı konu edinmektedir. Başlıklardan ilki, engellilik ve insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi ve bu ilişkinin yakın bir tarihini serimlemekte ve günümüzde gelinen noktayı ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bunu takip eden başlık, engellilik kavramına ilişkin olası bir tanımın tarihçesi ve bugününü ortaya koyarken bu değişimin Sözleşme açısından önemini altını çizmek bakımından önem taşımaktadır. Son olarak üçüncü başlık, Sözleşmeye yön ve ruh veren kimi kavramları ele almakta ve kavramların Sözleşmeyle ilişkisini ortaya koymaktadır.

1. Engellilik ve İnsan Hakları İlişkisi

Engellilik¹ olgusuna ilişkin betimlemeler, konunun geç idrak edilmiş önemine de vurgu yapmak adına, çoğu kez bir istatistikle başlar. Buna göre Dünya Sağlık Örgütü, geride bıraktığımız on yıla kadar bu oranı dünya nüfusunun yüzde onu olarak belirlemektedir, Örgütün daha

¹ Bu yazıda ‘sakat’ yerine ‘engelli’ ifadesinin tercih edilmesindeki en önemli motivasyon, insan hakları literatürü ve bilhassa konu edinilen uluslararası sözleşmenin Türkçeleştirilmesinde engelli sözcüğüne başvurulmuş olmasıdır. Yarattığı olumsuz çağrışım ve salt kişinin sakatlığı üzerine yüklediği anlama rağmen, sosyal bilimler alanında ve kimi aktivistler tarafından özellikle politik bir vurgu barındırıyor olması nedeniyle ‘sakatlık’ ifadesinin tercih edilir bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Öte yandan çalışmanın doğası ve konu edinilen grubun heterojen yapısı bakımından bu yazı dahilinde engelli ifadesine başvurulması daha uygun bulunmuştur.

yakın tarihli raporlarında bu oranın yüzde on beşlere vardığı görülmektedir². 2011 tarihli Dünya Engellilik Raporu, söz konusu artışın nedeni olarak yaşlanan dünya nüfusu ve hızla artan hastalıkların varlığı bir yana, aynı zamanda genişleyen ve yeni bir boyut kazanan engellilik tanımının da rol oynadığını ifade etmektedir³. Rakamların da ortaya koyduğu bu gerçek, engellilerin dünyanın en büyük azınlık grubunu oluşturduğudur. Benzer çalışmaların ortaya koyduğu şaşırtıcı olmayan bir diğer noktaysa, engellilik ve yoksulluk arasındaki ilişki ve buna paralel olarak kalkınmakta olan ülkelerdeki engelli nüfusun sayıca fazlalığıdır. Buna göre engelli kişilerin yüzde sekseni kalkınmakta olan ülkelerde yaşayan kimselerdir⁴. Engellilik ve yoksulluk; engellilik ve cinsiyet; engellilik ve eğitim benzeri ilişkileri inceleyen pek çok rapor ortaya koymaktadır ki, söz konusu faktörlerin birbiriyle etkileşimi sonucu engellilik, kendi başına bir durum olmakla kalmayıp etkileşime uğradığı spesifik grup ya da içerik bağlamında birden fazla dezavantajlılık durumuna ve çoklu kırılmalara sebebiyet verebilen bir etkidir.

Tarih boyunca engelliler kendileri gibi kırılmalı gruplar olan kadınlar, çocuklar, siyahlar, cinsel azınlıklar veya yabancıların maruz kaldığı toplum dışına itilme, ayırimcılık, damgalanma, hak öznesi olarak kabul görmeme gibi pratiklerinin doğrudan ve dolaylı muhatabı olmuş ve her bakımdan diğerlerine göre “daha az” insan olarak görülmüşlerdir⁵. Bu anlamda engelli kişiler özelinde sterilizasyondan, ötenaziye varan pek çok uygulama hâlen varlığını korumaktadır⁶. Bu durumun tarihteki çarpıcı örneklerinden biri Nazi Almanya’sı öjeni politikaları olmakla birlikte⁷ güncel biyoetik tartışmalara konu olan “genetik seçim” ve benzeri

² World Report on Disability, WHO, 2011, s. 44.

³ http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/ (Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁴ Factsheet on Persons with Disabilities, UN-ENABLE, bkz: <http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/pwdfs.pdf> (Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁵ Fredman, Sandra: “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm”, in *Disability Rights in Europe*, Oxford, 2005, s. 201.

⁶ Shakespeare Tom, *Questioning Prenatal Diagnosis, Disability Rights and Wrongs*, Routledge 2006 s.86.

⁷ Theresia Degener, ‘Disabled Persons and Human Rights: The Legal Framework’, *Human Rights and Disabled Persons*, Kluwer Academic Publishers Group, The Netherlands, 1995, s. 9.

uygulamalar, konunun günümüz dünyasındaki görünümlerinden biri olarak ele alınabilir ⁸.

Eğitimden sağlığa, sosyal ve ekonomik pek çok düzenlemenin gerisinde bırakılmanın yanı sıra, toplumsal sürece katılım yönündeki demokratik haklar ve en temel insan haklarından mahrum bırakılan engelliler, bir insan hakkı öznesi olarak algılanmaya başladıkları döneme kadar, ancak vicdani duygularla üzerinde durulan hayırseverlik faaliyetlerinin konusu olmak durumunda kalmışlardır. Engelli insanları özne olmaktansa nesne konumuna indirgeyen bu yaklaşımın henüz geride kaldığını söylemekse güçtür. Örnekte Türkiye açısından, kavramın global düzeyde insan haklarıyla olan ilişkisinde varılan nokta ve imzalanan uluslararası sözleşme bir yana, söz konusu “yardım eli uzatma” biçimindeki yaklaşım, gerek bireysel algılar gerekse sosyal politikalar açısından devam edebilmektedir ⁹. Bilhassa siyasi partilerin konuyu bir propaganda malzemesi olarak ele almaları ve bu doğrultuda ilgili kamu kurumlarının konuyu ele alış ve düzenleyişlerindeki saik, konunun zihinlerde değişime uğramasının salt hukuki değişikliklerle yeterli olamayacağını da bariz bir göstergesidir ¹⁰.

Bu kısa tablo, konunun uluslararası insan hakları hukuku bakımından nasıl ve neden önem taşıdığı sorusunu açık kılmak adına sınırlı bir başlangıç olarak ele alınabilir. Engellilik kavramının insan hakları ile ilişki içinde kullanılması ise son yirmi yılda görünürlük kazanan bir olgudur¹¹. Gerçekten de modern insan hakları korumalarının İkinci Dünya Savaşı sonrasında hareket kazandığı düşünülürse, engelli

⁸ Solberg, B.: “Prenatal Screening for Down Syndrome: Why We Shouldn’t Be Arguing About Disability, Routledge, 2009

⁹ Bu konuda Türkiye’de engellilik alanında faaliyet gösteren iki farklı sivil toplum kuruluşunun duruşunu vatandaşlık kavramı özelinde irdeleyen bir çalışma için bkz. Dikmen Bezmez/Sibel Yardımcı: “In search of disability rights: citizenship and Turkish disability organizations”, *Disability & Society*, 25:5, 2010, 603-615, DOI: 10.1080/09687599.2010.489312

¹⁰ Engelliğe ilişkin algıyı Türkiye üzerinden ortaya koyan bir çalışma için bakınız: Yardımcı, Sibel/Bezmez,Dikmen: “Muhtaç” ile “vatandaş” arasında: Türkiye’de sakat öznelliği üzerine bir tartışma, *Toplum ve Bilim Dergisi* (126), 2013.

¹¹ 1984 yılında Ekonomik ve Sosyale Konsey insan hakları ve engellilik ilişkisini araştırmak üzere Mr. Leando Despouy’u atadı. 1988 yılında yayınlanan rapor için bkz: Despouy, Leando: “Human Rights and Disabled Persons”, *Human Rights Study Series*, No 6, UN Sales no E92XIV <http://www.un.org/esa/socdev/enable/dispaperdes0.htm> (Erişim tarihi: 5 Nisan 2016)

bireylerin dezavantajlı kategoriler arasında en son yerini alan gruplardan biri olduğu ortadadır. Esasen engellik olgusu Birleşmiş Milletler'in gündemine 1970'li yıllarda girmiş ve iki farklı *soft law* belgesiyle konunun haklar ve eşitlikle ilişkisi ele alınmaya çalışılmıştır. Öte yandan bu belgelere hakim olan ruh, bugün gelinen noktada engelli kişileri aktif birer hak öznesi olarak ele alan hak temelli anlayışın görece uzağındadır¹².

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1981 yılını tam ve eşit katılım temasıyla Uluslararası Engelliler Yılı (IYDP)¹³ kabul etmesinin ardından Kurul, global bir strateji olarak 1982 yılında bir Dünya Eylem Planını¹⁴ benimsemiş ve 1983 ve 1992 yılları arası "Engelli İnsanların On yılı" (World Decade of Disabled Persons)¹⁵ olarak anılmıştır. 1993 yılında oluşturulan "Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities" belgesi ise Genel Kurul tarafından atılmış dönüm noktası niteliğinde diğer bir adımdır. Zira engellilik ve insan hakları arasında kurulan ilişki ve dil bakımından, hukuki bağlayıcılığı olmayan bu belge, engelli kişileri birer hak öznesi gören anlayışa yakın olup, devletleri ahlâki ve politik sorumluluk almaya davet eden bir belge niteliğindedir¹⁶.

Engelliliğin bir "insan hakkı meselesi" olduğunun Birleşmiş Milletler Özel Raportörü Bengt Lindqvist tarafından uluslararası kamuoyunda ilan edilmesinin ardından¹⁷ bu yönde atılan en önemli adım şüphesiz konuya ilişkin 2006 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi olmuştur. Hazırlıklarına 2001 yılında başlanan Sözleşme, gerek engelli derneklerinin, gerek bireylerin, gerekse sivil toplumun ciddi katılımıyla beş yıl içinde tamamlanmıştır. 2006 yılının Aralık ayında BM Genel Kurulunca kabul edilerek, 2007 yılı Mart ayında Seçmeli Protokolü ile birlikte imzaya açılan ve 3 Mayıs 2008 tarihi itibarıyla yeterli katılımcı sayısına ulaşarak yürürlüğe giren

¹² 2856 (XXVI) 20 Aralık 1971 ; 3447 (XXX) 1975

¹³ A/RES/36/77, 1981

¹⁴ A/RES/37/53, 1982

¹⁵ A/RES/39/26, 1984

¹⁶ A/RES/48/96 (1993)

¹⁷ Bengt Lindqvist'in 2000 yılında Rio de Janeiro'da yaptığı konuşma. Aktaran: Quinn Gerard / Degener Theresa , Human Rights and Disability: The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability, Geneva, 2002, s.13

Sözleşme, üye ülkeler tarafından beklenenin ötesinde bir ilgiyle karşılanmış ve kısa sürede büyük bir katılımcı sayısına ulaşmıştır. Günümüz itibariyle Sözleşme 160 imzacı ve 162 katılımcı sayısındadır¹⁸. Türkiye Sözleşmeyi 2007 yılında imzalayarak 2009 yılında onaylamıştır¹⁹. Sözleşme aynı zamanda Avrupa Birliği'nin, hukuki bir kişilik sıfatıyla tarihte taraf olduğu ilk uluslararası sözleşme olma özelliğini taşımaktadır²⁰. Bu anlamda Sözleşme, uluslararası alanda olduğu kadar bölgesel insan hakları koruma sistemlerinde de etkin olmaya başlayarak, yakın zamanda AİHM kararlarında atıfta bulunulan bir özellik kazanmıştır²¹. Engellilere ilişkin kendinden önce var olan uluslararası *soft law* belgelerinin aksine hukuki bir bağlayıcılığa sahip olan Sözleşme, insan hakları alanındaki temel Birleşmiş Milletler sözleşmelerinde izlenen bir mantıkla kurgulanmıştır. Bu bakımdan, diğer BM insan hakları sözleşmelerinde de mevcut olduğu üzere, söz konusu sözleşmenin uygulanmasının gözetiminden sorumlu bir komite mevcuttur. Komite, periyodik raporları incelemek ve donatılmış diğer görevlerle sözleşmenin gidişatını gözetmek haricinde, Ek Protokol aracılığıyla bireysel ve toplu şikâyetleri inceleyebilme görevi de görmektedir²². Komiteye yapılan bireysel ve toplu şikâyetlerin sonuçlarına ilişkin kararların taraf Devletler üzerinde hukuki bir bağlayıcılığı olmasa da taraf Devletler, Komitenin bireysel ve toplu şikâyetleri inceleyebilme yetkisini kabul ederken, kendilerine yapılacak tavsiyeleri dikkate almakla yükümlü olduklarını vaat etmişlerdir.

Büyük bir ilgi ve katılımın odağı olan Sözleşmenin taraf Devletlere yüklediği yükümlülüklerin kavranışı ve ulusal hukuk düzenlemelerinin ve ulusal insan hakkı kültürlerinin Sözleşmenin standartlarıyla ne denli uyumlu olabileceği sorusuysa henüz belirsizliğini korumaktadır²³.

¹⁸https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV15&chapter=4&lang=en (Erişim tarihi: 5 Nisan 2016)

¹⁹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm>

²⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-4_en.htm (Erişim: 5 Nisan 2016)

²¹ Örneğe, Stanev/Bulgaristan davasına ilişkin kararın 72, 73 ve 244. paragrafları bu durumu ortaya koymaktadır

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["36760/06"\],"itemid":\["001-116498"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

²² <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx> (Erişim: 5 Nisan 2016)

²³ Bu anlamda Komite'nin incelediği devlet raporları bu durumu doğrular niteliktedir. Henüz ulusal düzlemde terminolojinin ve engellilik tanımının dahi Sözleşmeyle uyum halinde olmadığı görülebilmektedir. Buna örnek olarak 2015 tarihli Ukrayna ve

Özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından gerek yeterli bilinç gerekse hukuki alt yapıdan yoksun olarak ve ancak sempatiyle karşılandığı düşünülebilecek sözleşmeye ilişkin Birleşmiş Milletler Engellilik ve İnsan Haklarından sorumlu özel Raportörü Lindqvist'in söylediği şu ifade oldukça yerindedir:

“Pek çok insana, politikacıya ve diğer karar verme mercilerine sorulduğunda bunun bir insan hakkı olduğu konusunda bizimle fikir birliğine varacaklardır. Ancak mesele; bu prensibin bu şekilde kabul edilmesinin sonuçlarını kavrayamamaları ve buna uygun faaliyetlerde bulunmaya hazır olmamalarıdır”²⁴

Gerçekten de insan hakları karnesi oldukça zayıf olan ülkelerin bu hakları engelli kişiler bakımından nasıl ve ne yönden sağlayıp korumak eğiliminde oldukları konunun düğümleneceği noktalardan biri olacaktır. Bu anlamda Sözleşmenin ruhunu oluşturan insan onuru, otonomi, engelliğe dayalı ayrımcılık, eşitlik ve erişilebilirlik gibi kimi kavramların bu sözleşme aracılığıyla yorumlanmasının, yalnızca bu Sözleşme özelinde değil, insan hakları kültürü ve pratiği bakımından da son derece önem taşıdığı da aşikârdır.

2. Sözleşmede Yer Bulan Engellilik Tanımı

Sözleşmeyi ele alırken her şeyden evvel cevaplanması gereken bir “tanım” sorusu belirlemektedir. Dezavantajlı bir grubu eksenine alan uluslararası sözleşmeler, iş görebilmenin bir gereği olarak, öncelikle söz konusu gruba ilişkin bir tanımlamayla yola çıkar. Örnekte Evrensel Çocuk Hakları Sözleşmesi -üzerinde dönen sosyal, kültürel ya da tarihsel tartışmalardan bağımsız olarak ve bunları bertaraf etmek adına- çocukluk tanımını ve dolayısıyla sözleşmeden doğan hak sahipliğinin sınırlarını on sekiz yaşın altında olan tüm insanlar olarak belirlemiştir²⁵. Öte yandan son derece heterojen bir grup olan engelli kişiler bakımından benzer bir

Türkmenistan raporları gösterilebilir.
<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/226/49/PDF/G1522649.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi:5 Nisan 2016)

<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/097/09/PDF/G1509709.pdf?OpenElement>

²⁴ Lindqvist, Bengt: “Standard Rules in the Disability Field- A New United Nations Instrument” in Human Rights And Disabled Persons: Essays And Relevant Human Rights Instruments, Theresa Degener /Yolan Koster-Dreese eds.,1995, 63-64

²⁵ Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi, Madde 1,
<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>

tanımın kolay ve açık olamayacağı ortadadır. Bu olgu, bizzat Sözleşme'nin belirleyici unsurlarından biri olarak yer almakta ve Sözleşme'yi benzer insan hakları belgelerinden ayıran en önemli özelliklerden biri olmaktadır. Sözleşmede yer alan engellilik tanımına değinmeden önce, “engellilik nedir?” sorusuna cevap verirken değinilmesi gelenek haline gelmiş olan iki yaklaşımdan söz etmekte fayda vardır. Zira Sözleşmenin kaleme alınmasında bu yaklaşımlardan birinin bir diğerine öncelenmiş olması bir uluslararası hukuk belgesinin terminolojiye yön verip veremeyeceği sorusunu da gündeme getirmektedir.

Bu yaklaşımlardan ilki bugün artık geçerliliğini uluslararası düzenlemelerde kaybetmekte olan medikal eksenli yaklaşımdır. Engelliliği salt bir sağlık sorunu olarak ele alan ve konunun sosyal-ekonomik ve politik boyutlarını yadsıyan bir yaklaşım olması bakımından, bu yaklaşım dâhilindeki engellilik tanımı da genel olarak “kişinin işlevsel olanaklılığını kısıtlayan hal” olarak görülmektedir. Bu açıdan engelli kişi; fiziksel ya da zihinsel sakatlığı nedeniyle “tedavi edilmesi”, “tamir edilmesi”, “normalleştirilmesi”, “adapte olması” kısaca topluma uyum sağlaması beklenen, bu sorumluluğu kendisi üstelenen ve bu süreçte de medikal açıdan üzerine düşen her türlü müdahaleye katlanması gereken kişi olarak görülmüştür. Bu modelin, “*engelli bireyleri ancak genetik bir mirasın kurbanları ya da hastalık ve travma mağduru*”²⁶ olarak görmekle sınırlı kaldığı söylenebilir. Bu durumda, çoğunluk tarafından tasarlanan bir normallik tanımına uygunluğu bakımından kişilerin engellilik dereceleri belirlenecek ve egemen topluluk kendi algı ve ihtiyaçlarına göre tasarlanan düzenlemeler çerçevesinde yaşantısına devam ederken, engelli kişi bireysel problemi olan engelliliği aşabildiği ölçüde bu egemen hayata dâhil olacaktır. Medikal bir yaklaşıma dayanılarak yapılacak bir engellilik tanımından hareket eden hak içerikli belgelerin ne denli sınırlı olacağı da açıktır. Öte yandan evrensel bağlayıcılığı olan Sözleşme öncesinde var olan Dünya Sağlık Örgütü ve Birleşmiş Milletler'in geçmiş dönem belgelerinde rastlanan tanımlar uzun süreler bu ve benzeri bir yaklaşımdan etkilenir biçiminde olmuştur. Örnekte 1971 tarihli *Birleşmiş Milletler Akıl Sakatlığı olan Kişilere ilişkin Deklarasyon* ve 1975 *Engelli Kişilerin Haklarına ilişkin Deklarasyon*' da, her ne kadar eşitlik vurgusu yer almış olsa da göze çarpan bir özellik, söz konusu belgelerin

²⁶ Shakespeare, Tom: “Disability, Genetics and Global Justice”, *Social Policy & Society* 4:1,87-95, UK Cambridge, 2005

rehabilitasyon ve medikal bakıma ilişkin konulara odaklanması, engellileri daha ziyade korunması gereken bir grup olarak ele alması ve dolayısıyla paternalist bir dil barındırmasıdır²⁷. Yine, benzer belgelerin metinlerinde ‘sakatlık’, ‘engellilik’, ‘özürlülük’ gibi farklı derecelendirmelere başvurulmuş olması sosyal model savunucularının şiddetle karşı çıktıkları noktalardan bazılarıdır²⁸.

İkinci yaklaşım olarak, engellilerin insan hakları yaklaşımına öncülük eden sosyal model yaklaşımdan söz etmek gerekir. 1970’lere gelindiğinde 1960’ların bireysel hak arayışı mücadelesinden ilham alan çağdaş ülkelerde bir takım engelli hareketleri görünür olmaya başlamış ve engellilik durumunu “kişinin problemi” olarak gören genel algıya bir karşı duruş olarak konunun; toplumsal, mimari, hukuki, organizasyonel bir sorun olduğuna işaret eden ve bu bakımdan engelli kişiyi toplumun karşısına değil, mevcut toplumsal düzenlemeleri kişinin karşısına bir engel olarak koyan *sosyal yaklaşım modeli* gündeme getirilmiştir²⁹. Bu yaklaşımda esas olan noktalar engelli kişilerin toplumdaki diğer bireylere eşit olduğu ve olası bir adaptasyonun engelli kişiler tarafından değil toplum tarafından yapılması gerektiğidir. Bu bakımdan toplumsal hayata yön veren düzenlemeler insan farklılıklarını göz önünde bulundurularak yapılmalı, engellilik konusu her bakımdan eşitlik ve eşit haklar çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Öte yandan günümüzde, önceleri büyük ses getiren ve “büyük fikir”³⁰ olarak kabul gören sosyal yaklaşıma sayıca az da olsa eleştiriler baş göstermiş ve söz konusu yaklaşım sakatlıkların varlığını görmezden gelerek olguyu salt toplumsal bir problem olarak görmesi ve birtakım kolay klişelerden hareketle indirgemesi bakımından eleştirilere hedef olmaya başlamıştır³¹. Sosyal model, engellilik tanımını: “*kişilere baskıcı*

²⁷ Stein Michael/Lord Janet: “Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, in UN Convention On Rights Of Persons With Disabilities : European And Scandinavian Perspectives, Gerald Quinn & Oddny Mjoll Arnardottir, eds., 2009 , s.21.

²⁸ Barnes, Colin/ Mercer, Geof: Exploring the Divide: Illness and Disability ,Leeds, The Disability Press, s.22.

²⁹ Oliver Mike: “The social model of disability: thirty years on”, Disability & Society, 28:7, s.1024.

³⁰ Shakespeare, Tom: “The Social Model Of Disability: An Outdated Ideology?” in Research in Social Science and Disability Journal, Volume 2,pp 9-28 (2002) s.9.

³¹ Ibid

ve ayırıcı sosyal ve kurumsal yapılar tarafından dayatılan ve onların sakatlıklarının ötesinde ve üstünde olan”³² durum olarak görmektedir. Ancak belirtildiği gibi böylesi bir tanımlamanın sadece toplumun ve toplumun “normalite” algısını sorumlu tutan boyutuna vurgu yapıyor olmasının sınırlılığına ve buradan hareketle salt bir sosyal yaklaşımın aksayan ve eksik kalan yanlarına işaret eden akademisyen ve aktivistlerin mevcut olduğunu yinelemek gereklidir³³. Tanım üzerinde teorik bir fikir birliği olmaması medikal modeli sosyal modele tercih etmek için değil, daha ziyade engellilik tanımının hem biyolojik hem de toplumsal yönlerini dikkate alarak bir içerik belirlemek ve böylece maksimum korumayı hedeflemek içindir³⁴. Modeller ve tanımlar üzerindeki tartışmalar bu yazının kapsamı içerisinde değerlendirilemeyecek kadar çok yönlü olduğundan, literatürün, insan haklarına öncülük eden model olarak - engelliliği bir kişisel trajedi olmaktan çıkartıp bu konuda toplumun dayattığı engelleri merkeze koyan- sosyal model olduğunu kabul ettiğini söylemekle yetinilecektir³⁵. Öte yandan Sözleşmenin, benimsediği kalkınma hakkı yaklaşımına dayanarak, sosyal modelin de ötesine geçtiğine ve birinci, ikinci ve üçüncü kuşak hakları bünyesinde barındırıldığına işaret edilmektedir³⁶.

Yukarıdaki tartışmalara paralel, Sözleşmenin hazırlanış süresince üzerinde en fazla durulan hususlardan biri engelliliğin tanımına ilişkin bir madde bulunup bulunmayacağı ve bulunursa ne şekilde olacağı olmuştur

³² Oliver, Michael: *Understanding Disability: From Theory To Practice*, Basingstoke: Palgrave, 1996, s. 32.

³³ Bury, Michael: “On chronic illness and disability”, in *Handbook of medical sociology* C. E. Bird, P. Conrad, and A. M. Fremont (eds), New Jersey, PA: Prentice Hall, 2000, s. 179.

Burry’ e göre engellilik hem sosyal hem biyolojik kaynaklıdır. Bu düşüncüyü savunan bir diğer çalışma için: L. Terzi, *The social model of disability: A philosophical critique*, *Journal of Applied Philosophy* 2/2 (2004), s. 141-157.

³⁴ Jonathan Kenneth Burns, *Mental Health and Inequality: a human rights approach to inequality, discrimination and mental disability*, *Health and Human Rights*, Vol. 11, No. 2 (2009), s. 19-31.

³⁵ Sosyal model ve insan hakları arasında kurulan bu ilişkinin, BM Engelli Hakları Sözleşmesi’ni ele alan yazarlar tarafından da doğrudan kurulduğu görülmektedir. Bu anlamda Engelli Hakları Sözleşmesi’nin sosyal modele dayandığı konusunda şüphe olmadığı görülmektedir.

³⁶ Stein, Michael: “Disability Human Rights”, *California Law Review* 95 (1), 2007, s.91.

³⁷. Uzun süren tartışmalar sonucu engelliliği tam anlamda tanımlayan bir hükme varılmazken, Sözleşme, giriş kısmında sosyal modelin de öngördüğü biçimde ancak bireylerin sakatlıklarını da dikkate alarak; engelliliğin “*gelişen bir kavram olduğu ve topluma diğerleri ile eşit biçimde bir katılımın önünde bulunan davranışsal ve çevresel engellerin kişinin sakatlığı ile etkileşiminden kaynaklanan bir durum*” olduğunu belirtmektedir. Burada engelliliğin ‘gelişen bir kavram’ olmasına yönelik yapılan vurgu son derece önemlidir.

Nitekim engellilik tanımının dinamik ve çok boyutlu oluşuna dayanan bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yakın tarihli *Glor vs. İsviçre* davasına ilişkin kararında görünürlük kazanmıştır. Dava, zorunlu askerlik hizmetinin olduğu İsviçre’de, yapılan tıbbi muayene sonrası diyabet nedeniyle askerlik hizmetine uygun görülmeyen ve talep etmesine rağmen kendisine alternatif bir kamu hizmeti yapma seçeneği tanınmayan bir kişinin, aynı zamanda İsviçre Vergi Yasası uyarınca askerlikten muaf olanlardan alınan %3 lük bir verginin muhatabı olmasına ilişkindir. Söz konusu vergi ise % 40’ın üzerinde engeli bulunan kişilerden talep edilmemektedir. Öte yandan engeli % 40’ın altında bulunduğu gerekçesiyle başvuru *Glor* bu vergiden muaf tutulmamıştır. Kısaca, davacı *Glor*, hem engelli olması gerekçe gösterilerek askerlik görevine alınmamış ve kendisine alternatif bir kamu hizmeti seçeneği sunulmamış hem de engeli yeterli görülmediği için engellilere sağlanan bir vergi muafiyetinden yararlandırılmamıştır. Başvuranın AİHS’nin ayrımcılık yasağına ilişkin maddesinin ihlali iddiasına yönelik davada Mahkeme, ulusal ölçütlerin belirlediği sınırlara bağlı kalmaksızın diyabet durumunu bir engel olarak kabul etmiştir ve bu anlamda belirli bir sakatlığın altı ve üstünde kalanlar biçiminde yapılan bir vergi düzenlemesinin ayrımcılık yarattığı ve kamu yararına olmadığı görüşünü belirtmiştir ³⁸. Mahkemenin bu yaklaşımı doğrudan BM Sözleşmesinde yer alan engellilik tanımının rolünü akla getirmektedir. Bununla beraber AİHS ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesi engelliği bir ayrımcılık zemini olarak telaffuz etmemiş olsa da, Mahkeme engelliliği burada

³⁷ 2002 ve 2006 yılları arasında sekiz oturumdan oluşan Ad-Hoc Komitesi toplantıları boyunca tanım konusu üzerinde en çok tartışılan maddelerden biri olmuştur. <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata2tscomments.htm>,

³⁸ *Glor v Switzerland* 13444/04, 85-87. Paragrafları, 2009

“herhangi başka bir durum” ibaresi altında ele almıştır³⁹. O hâlde bu ve benzeri örnekler doğrulamaktadır ki engellilik tanımı üzerinde bir uzlaşımın olmaması, kavramın çok boyutlu ve dinamik yapısı göz önünde tutulduğunda hak sahipliği bakımından bir avantajdır.

Sözleşmenin amacını tanımlayan ilk maddenin ikinci fıkrasında, engelli kişiler için : “*çeşitli engellerle karşılaşmaları halinde diğerleriyle eşit bir şekilde topluma tam ve etkili şekilde katılmalarını engelleyen uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal sakatlığı olan kişilerdir*” denmektedir⁴⁰. Sözleşmeden de anlaşılacağı üzere tek başına sakatlık durumu kişiye engelli tanımını vermek için yeterli olmayıp, engellilik: kişide var olan bir sakatlık durumunun fiziksel ve sosyal engeller ile karşılaştığında şekillenip ortaya çıktığı bir durum ve söz konusu etkileşimin bir neticesi olarak kişiye atfedilen bir sıfattır. Sözleşmede yer alan “uzun sürelilik” ibaresi ise pek çok çevre tarafından talihsiz olarak nitelendirilmektedir zira bu ibare söz konusu maddenin uygulama alanını hem daraltıp hem de sınırlayacaktır⁴¹. Engelliler ve engellilik üzerinde kesin bir tanıma varılmasının bir diğer zorluğu ise yazının başında da belirtildiği üzere söz konusu grubun son derece heterojen bir yapıda olmasındandır. Öyle ki fiziksel, zihinsel, sosyal, psikolojik, genetik, pek çok farklı kategoriye içinde barındıran engellilik, kimi zaman engelli kişilerin kendilerini böylesi bir kalıba sokmak istememeleri bakımından da problemlidir. Aynı şekilde Sözleşmenin hazırlık çalışmaları boyunca da engelli sivil toplum temsilcileri ‘birliktelik’ prensibinden hareketle, engelliğin bir bütün olarak ele alınması ve alt ayırımlara mahal verecek tanımlamalara gidilmemesi yolunda yoğun çaba sarf etmişlerdir. Özetle, Sözleşmenin engellik olgusunu ele alış biçimindeki yenilikçi ve cesaretli tutumu, yalnızca söz konusu sözleşme özelinde değil, insan hakları paradigması dâhilinde de altı çizilmeye değer bir noktadır. Zira bu durum insan haklarının kullanıcısı olan özneyi hak sahibi olmak bakımından tarih boyunca eşleştirilemediği ve bugün insan hakları eleştirilerinin de önemli bir kısmını tutan özellikler olan soyut bir rasyonel öznedenden farklı tutmakta ve insan durumunun çeşitliliğine ve kırılmalıklarına göre ele almaktadır.

³⁹ Glor v Switzerland 13444/04, 30 Nisan 2009

⁴⁰ CRPD , Madde 1

⁴¹ Lawson, Anna: “United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn”, 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 563 (2006-2007) s. 595

3. Sözleşmenin Temel Prensipleri

Tanım sorusuna Sözleşme ile verilen cevabı açığa kavuşturmanın ardından Sözleşmeye yön veren kilit prensipleri ve bu prensiplerle ele alınan kimi Sözleşme maddelerini değerlendirmek uygun görünmektedir. Sözleşme, 1. Maddesinde amacını : “*Bütün engelli kişilerin insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit olarak yararlanmalarını teşvik etmek, korumak ve sağlamak ve bu kişilerin doğuştan gelen onuruna saygı gösterilmesini teşvik etmek*” olarak tanımlar⁴². Bu noktada, Sözleşmenin giriş kısmında ‘otonomi’, ‘bireysel özgürlük’ ve ‘kendi adına seçim yapabilmek’ hususlarının altı çizilmiş bunun yanı sıra engellilik kategorisinde olduğu halde bir başka dezavantajlı guruba da dahil olması bakımından çifte dezavantajlı konumda bulunan gruplar olan kadınlar, çocuklar gibi grupların varlığına ve bu durumun hassasiyetine vurgu yapılmıştır⁴³. Yine giriş kısmında altı çizilen noktalardan olan engellilik ve yoksulluk ilişkisi, sosyal ve ekonomik kalkınmanın engellilik bakımından önemi ve bu konuda gereken uluslararası işbirliğine yapılan vurgular ilerleyen yıllarda gerçekleştirilebilecek uluslararası işbirlikleri açısından umut vericidir.

Gerek Sözleşmenin giriş kısmında, gerekse 3. Maddesinde yer alan kimi kavramlar sözleşmenin ruhunu ortaya koymak adına son derece önemlidir. 3. Madde, genel ilkeler olarak a) Kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıkları da dahil olmak üzere, kişilerin doğuştan sahip oldukları onura ve bireysel özerkliklerine (otonomi) saygı gösterilmesi; (b) Ayrımcılık yapılmaması; (c) Topluma tam ve etkili katılım ve dahil olma; (d) Farklılıklara saygı gösterilmesi ve engelliliğin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi; (e) Fırsat eşitliği; (f) Erişilebilirlik; (g) Kadın ve erkek arasında eşitlik; (h) Engelli çocukların gelişen kapasitelerine saygı duyulması ve engelli çocukların kendi kimliklerini koruyabilmeleri için haklarına saygı duyulması prensiplerini sıralamıştır. Bu doğrultuda, burada bu ilkelerin bazılarının irdelememesi, gerek Sözleşmenin amacının ve ruhunun anlaşılması gerek de uygun bir biçimde hayata geçirilmesi bakımından önemlidir.

⁴² CRPD, <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf> (Erişim tarihi: 05.04.2016)

⁴³ CRPD, Supra 43, giriş kısmı

3.1. Onur ve Otonomi

Engellilik konusunda insan hakları modelinin oluşumunda rol oynamış olan en önemli kavramlardan biri insan onuru kavramıdır. Bununla beraber onur kavramı günümüz sosyo-politik tartışmalarında hemen her bağlamda ve çoğu kez birbirine zıt menfaatleri haklı kılabilmek adına kendisine referans yapılan bir nitelik kazanmıştır. Onur kavramı, haklar bağlamında, her şeyden önce insan haklarına dayanak teşkil etmek bakımından kurucu bir rol oynamakta ve bu anlamda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi başta üzere pek çok uluslararası insan hakları belgesinde telaffuz edilmektedir. Söz konusu metinlerde yer alan “bütün insanların haklar ve onur bakımından eşit olduğu”⁴⁴ veya “insanın ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insan onuru”⁴⁵ benzeri ifadeler, kavramın önemli olduğu konusunda evrensel bir uzlaşıya işaret ediyor gibi görünse de, bu belgelerin hiç biri onur kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanım vermemektedir⁴⁶. Oysa bu denli etkin olduğu düşünülen bir kavramın insan hakları ve bilhassa engelliler açısından anlamının açık kılınması bir zorunluluktur.

Bu bağlamda engellilik ve insan hakları konusundaki yazarlar bu anlamı, kişilerin “ekonomik bir değer” ya da “işe yararlılıkları” bakımından değil, sadece ve sadece insan olmaları bakımından bir değer oldukları için değerli oldukları tespiti ile dile getirmişlerdir⁴⁷. Bununla beraber “sadece insan olmanın” bir değer olmaya yetmediği ve bu bizzat çıplaklığın insanı ne denli savunmasız bıraktığı gerçeği Arendt tarafından bizlere çok önceleri “haklara sahip olma hakkı” ifadesiyle hatırlatılmıştır⁴⁸. O halde engelli bireylerin birer merhamet nesnesi olarak değil de hak sahibi özneler olduklarının hatırlanmasında insan onuru kavramı büyük bir etken olmuştur. Bu bakımdan önemli olan nokta, insan olmak ve hak sahibi olmak arasındaki ilişkide belirleyici ölçütlerin ne olduğu ve bu ölçütlere ne şekilde yaklaşırsa hak sahipliğinin gerçekleşeceği ve

⁴⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. Maddesinde yer alan kullanımı

⁴⁵ BM Sivil ve Politik Haklar Sözleşmesi'nin giriş kısmında yer alan kullanımı

⁴⁶ McCrudden, Christopher: “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, European Journal of International Law 19(4), 2008, s. 662.

⁴⁷ Quinn Gerald/ Degener Theresa: "Human Rights are for all : A study on the current use and future potential of the United Nations Human Rights instruments in the context of disability" , Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2002, s.14.

⁴⁸ Arendt, Hannah: The Origins of Totalitarianism, New York, 1968, s. 297.

güçleneceği sorusunun açığa kavuşmasıdır. O hâlde engelli kişiler açısından insan onurunun ne anlama geleceğine yönelik bir değerlendirmede salt “insan olmak” gibi yüzeysel bir argümanın ötesine geçilmesi ve adeta bir soyutlama olan insanın açık edilmesi gereklidir. İşaret edilmesi gereken önemli bir diğer nokta modern insan onurunun kaynağı ve anlamını çoğu kez yapıldığı gibi salt bir otonomi içeriklendirmesiyle ele alacak olmanın yaratacağı eksikliklerdir⁴⁹. Zira böylesi bir bakış açısı, tam da insan farklılığını vurgulayan ve kırılğan bir grubun insan haklarını korumayı ele alan Sözleşmenin amacı ve ruhu ile bir çelişki yaratacaktır. Otonomi, her ne kadar Sözleşmenin kilit kavramlarından ve amaçlarından biri olsa da burada sözü edilen otonominin sahibinin kırılğan bir grubun özneli olduğu ve söz konusu otonominin hemen her durumda mevcut olmayıp çoğu zaman toplumsal ve ekonomik düzenlemelerle varılması gereken bir ideal olduğu unutulmamalıdır⁵⁰. O hâlde, insan durumunun çeşitliliğini temel alan bir Sözleşme açısından akıl sahibi olmak ve özgür tercihlerde bulunabilmeye indirgenecek bir otonomi ve bundan kaynaklanan bir onur anlayışının Sözleşmenin kapsamına giren pek çok kişiyi Sözleşmede korunan haklardan mahrum bırakacağı ortadadır. Bu anlamda Sözleşmede yer alan onur ve otonomi arasındaki sıkı ilişki gözetilirken, bu ilişkinin kurulmasını sağlayacak olan kapasitelerin artırılmasına buna yönelik sosyo-ekonomik haklara ve devletlerin bu hakların gerçekleşmesi konusundaki yükümlülüklerine işaret etmek, engellilerin insan onurunun sadece kulağa hoş gelen, tesirli bir sözcük olmanın ötesine geçebilmesi açısından hayattır. Bu bakımdan Sözleşme, aynı zamanda otonomi kavramının bilhassa kırılğan gruplar nazarında yorumlanması konusunda büyük yenilik getiren bir niteliktedir.

3.2. Ayrımcılık Yasağı, Topluma Eşit ve Etkin Katılım

Sözleşmede tanımları yapılan kavramlardan önemli biri, şüphesiz “engelliliğe dayalı ayrımcılık” kavramıdır. Buna göre engele dayalı ayrımcılık:

“Siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alandaki tüm insan hak ve temel özgürlüklerinin diğerleri ile eşit bir şekilde kullanılması veya bunlardan yararlanılması

⁴⁹ Michael, Lucy: “defining dignity and its place in human rights”, New Bioethics , 20(1), 2014, s.19.

⁵⁰Supra 48, s.16.

imkânını ortadan kaldıran veya bunu engelleyen her türlü ayrımın, dışlamanın veya kısıtlamanın engelliğe dayalı olarak yapılmasıdır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık, makul uyumlaştırmanın yapılmaması dâhil her türlü ayrımcılığı kapsar”⁵¹

Bu doğrultuda hemen her durumda ayrımcılıkla birlikte ele alınabilecek olan “eşit katılım” prensibi Sözleşmenin pek çok maddesinde göze çarpmaktadır. Bunlardan bazıları devletlerin farkındalık yaratma görevine ilişkin 8. Madde, adalete erişimi sağlayan 13. Madde, kişisel hareketliliği sağlayan 20. Madde ve eğitim sağlık, iş ve politik ve kamu ve kültürel hayatına katılımı sağlayan maddeler olarak sıralanabilir.

Esasen engelli bireyler bakımından ayrımcılık söz konusu olduğunda bunun en sık karşılaşılan hali makul uyumlaştırmanın/elverişli ortamın sağlanmaması yoluyla yapılan ayrımcılıktır. Sözleşme tanımına dayanılacak olursa, “elverişli ortam”(reasonable accomodation):

“Engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere somut durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve uyarlamaları ifade eder”⁵².

Söz konusu değişiklik ve uyarlamaların toplumsal ve bireysel hayatın hemen her alanını kapsadığının altı çizilmelidir. Bu anlamda Sözleşme, 4. Maddesinde taraf Devletlerin bu konuda üstlendikleri yükümlülükleri uzun bir biçimde sıralar. Bu sıralamada dikkat çeken kimi özellikler, Sözleşmenin mevcut diğer insan hakları sözleşmelerine nazaran nasıl bir fark yarattığını ortaya koymak açısından da anlamlıdır. Örnekte 4. Maddenin 1. fıkrasının (e) bendi, Taraf Devletlere “*Kişiler, örgütler veya özel teşebbüslerin engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarını engellemek için gerekli tüm uygun tedbirleri alma*” yükümlülüğünü getirmektedir. Bu anlamda Sözleşmenin öne çıkan bir diğer özelliği ayrımcılıkla mücadele eden bu değişiklikleri yalnızca kamu alanıyla sınırlı

⁵¹Türkçeleştirilmiş Sözleşme metni :

http://www.ulasilabilirturkiye.gov.tr/belgeler/2_mevzuatstandart/uluslararası_sozlesme/b_m_engellihaklarisozlesmesi.pdf

⁵² CRPD, Madde 2.

bırakmayı hedeflememesi ve insan hakları taleplerinde süregiden geleneksel kamu hayatı/özel hayat ayrımını ortadan kaldırmasıdır⁵³.

Engelliliğe dayalı ayrımcılıkta, makul uyumlaştırmanın gerçekleşmemesi yoluyla yapılan ihlallere bir örnek, yakın bir zamanda, AİHM *Çam v. Türkiye* davasında görünür olmuştur⁵⁴. Başvuranın, eğitim hakkına erişimde ayrımcılıkla karşılaştığı iddiasıyla AİHS'nin ayrımcılığı düzenleyen 14. Maddesine ve 1. Protokol'ün 2. Maddesinde yer alan eğitim hakkına dayandığı iddiasında, Mahkemenin BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nde yer alan *makul uyumlaştırma* tanımına yaptığı atıf son derece önemlidir. Dava, görme engelli başvuranın 2004 yılında başvurduğu İstanbul Üniversitesi'ne bağlı konservatuvara kabul edilmemesine ilişkindir. Başvuran, konservatuvara giriş şartı olan müzik sınavını başarıyla geçmiş ve konservatuvarda eğitim görmek isteyenlerden sağlanması beklenen bir sağlık raporunu da başvurusuna dâhil etmiştir. Raporunda başvuranın görme engelinin bağlama enstrümanını çalmak açısından bir engel teşkil etmediği ve bağlama çalmak ve görebilmek arasında bir ilişki olmadığı tespiti yer almaktaysa da, okul yönetimi bu rapora itiraz ederek raporu veren doktora konservatuvarda yer alan tüm bölümlerin görme kapasitesini gerektirdiği yönünde beyanda bulunmuş ve buna paralel başvuranın başvurusu reddedilmiştir. Konunun iç hukukta sonuç bulmamasıyla AİHM'ne yönelen başvuruda taraf devlet Türkiye, konservatuvarda görme engelli kişileri barındıracak yeterli donanımın olmadığı savunmasına dayanmıştır. Öte yandan tam da bu savunmanın kendisi makul uyumlaştırmanın sağlanmaması yoluyla yapılan dolaylı ayrımcılığın altını çizer niteliktedir. Davacı, makul uyumlaştırma kavramına dayanmamış olsa dahi, AİHM'si kararında makul uyumlaştırma yapılmaması yoluyla var olan ayrımcılığa ve bu anlamda dikkate alınacak olan uluslararası hukuka ve BM Engelli Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesine atıfta bulunmaktadır⁵⁵.

Ayrımcılıkla mücadele konusunda taraf devletlere sıralanan yükümlülüklerden göze çarpan bir diğeri ise şu şekildedir:

“Taraf Devletler ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olarak kaynakları ölçüsünde azami tedbirleri almayı ve

⁵³ Megret, Frederic: “The Disabilities Convention: Towards a Holistic concept of Rights”, The International Journal of Human Rights, 2008, 12(2), s. 266.

⁵⁴ ECHR 068 (2016) 23.02.2016

⁵⁵ 51500/08. 2016, 38 ve 53. Paragrafları, Bu dava henüz Final aşamasında değildir.

*gerektiğinde uluslararası işbirliği çerçevesinde engellilerin bu haklardan tam olarak yararlanmasını aşamalı olarak sağlamak için işbu Sözleşme'de yer alan ve uluslararası hukuka göre derhal uygulanması gereken yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt eder*⁵⁶.”

İfadede yer alan “derhal” vurgusunun rastlantısal olmadığının altının çizilmesi gerekir. Bu bakımdan söz konusu olan sosyal ve ekonomik haklar olduğunda, taraf devletler tarafından öne sürülebilen “ekonomik imkânsızlık” ve “kademeli ilerleme” gerekçeleriyle sözleşmenin uygulanmasının gerçekleşmemesini önlemek adına, imkânların azami bir şekilde kullanılması gerekliliği; bunun derhal gerçekleşmesi ve bu anlamda gerekirse uluslararası iş birliğine başvurulması son derece önemlidir. Bu nokta, Sözleşmeyi diğer insan hakları belgelerinden bir adım öne çıkarmak bakımından da rol oynamaktadır. Zira Sözleşmede yer alan uluslararası işbirliği ifadesinin bir seçenek değil bir yükümlülük olarak kaleme alınmış olduğu açıktır.

3.3. Eşitlik ve Farklılık

Eşitlik kavramı, engellilik ve insan hakları ilişkisinde şüphesiz büyük önem taşıyan bir diğer kavramdır. Burada akla gelebilecek doğal bir nokta, sözü edilen eşitlik anlayışının “eşit kişilerin eşit şeylere sahip olacakları”⁵⁷ şeklinde katı ve formel bir anlayışından hareket edemeyeceği ve doğal olarak biçim, yetenek ve kapasitelerdeki farklılıkları göz önünde bulunduran ve buna ilişkin düzenlemelerle kişileri eşit bir başlangıç çizgisine yaklaştıran bir yaklaşım olacaktır. Bunun aksi yönünde benimsenecek bir eşitlik anlayışı sonucu, aynı tip davranışın herkeste aynı sonucu doğurmayacağı ve birilerinin kendini hemen her durumda dezavantajlı konumda bulacağı dolaylı ayrımcılık adı verilen durum ortaya çıkması kaçınılmazdır⁵⁸. O hâlde Sözleşmede konu edilen eşitlik kavramının, eşit fırsatlara sahip olabilmek ilkesinden hareketli bir eşitlik anlayışı olduğu ortadadır. Sözleşme ile hakları garanti altına alınan grup, son derece farklı alt grupları da bünyesinde barındıran bir grup olduğundan, yaratılması gereken eşit fırsatlar da ulaşımdan iletişime;

⁵⁶ CRPD, Madde 4: Genel yükümlülükler

⁵⁷ Aristoteles, Ethica Nichomanea, V, III, 1131a-1131b

⁵⁸ Aart, Hendriks: “The significance of Equality and Non Discrimination for the protection of the Rights and Dignity of Disabled persons”, Human Rights and Disabled Persons, Kluwer, 1995, s.52.

eğitimden çalışma hayatına, her türlü alanda türlü eşitsizlik ve ayrımcılıkları gidermek zorunluluğu anlamına gelecektir.

BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin, engelli kişilerin insan haklarına ilişkin Genel Yorumunda ortaya konulduğu üzere: kırılgan ve dezavantajlı gruplar özelinde alınacak pozitif tedbirler yapısal dezavantajların giderilmesi ve engelli kişilerin tam ve eşit katılımının sağlanması amacıyla engelli kişilere yönelik avantaj sağlayıcı eylemler içermelidir. Bu da son derece geniş ve konuya özgü tedbir ve uygulamalar alınmasını gerektirmektedir⁵⁹. Bu anlamda Sözleşmenin konu edindiği maddi eşitlik anlayışının, Fredman'ın belirttiği gibi: toplumun marjinalize olmuş kesiminin yaşadığı dezavantajlarını giderebilmesi, bu marjinalize olmuşlukla özdeşmiş dışlanma, damgalanma ve şiddetle mücadele etmesi ve bu konularda pozitif önlemler sağlaması gerekmektedir⁶⁰.

Sözleşmenin eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin 5. Maddesi , eşitlik konusunu dört farklı durum özelinde ele almıştır. Bunlardan ilki *“herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın herkesin hukuk tarafından eşit korunmaya ve hukuktan eşit yararlanmaya hakkı olduğunu kabul eder”* ifadesidir. İkinci fıkra, eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki ilgiyi ortaya koymakta ve *“taraf devletler, engelliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklayacak ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığına karşı eşit ve etkili şekilde korunmasını güvence altına alacaklardır”* demektedir. Üçüncü ve dördüncü fıkralar ise makul uyumlaştırma ve alınacak pozitif tedbirlerin eşitlik karşıtı değil bizzat eşitliği destekler nitelikte olmalarının altının çizilmesidir⁶¹.

Bu noktada hukuki eşitlik, Sözleşmenin diğer maddeleri ile ilişki içinde üç biçimde açığa kavuşturulmalıdır. Bunlar hukuki ehliyet sahibi olma, hukuki ehliyetin kullanımı ve hukuk karşısında eşit koruma ve yarar prensipleridir. Buna ilişkin değinilmesi gereken son derece önemli bir madde; Yasa Önünde Eşit Tanınma ilkesini düzenleyen 12. Maddedir.

⁵⁹ General Comment No. 5, Persons with Disabilities (Eleventh session, 1994), U.N. Doc E/1995/22 at 19

⁶⁰ Fredman, Sandra: “Providing equality: Substantive equality and the positive duty to provide”, South African Journal of Human Rights, 21(2), 163–190, 2005, s. 167

⁶¹ CRPD Madde 5

Buna göre; “*Taraf Devletler, engellilerin buldukları her yerde kişi olarak tanınma hakkı olduğunu yeniden onaylamaktadır, Taraf Devletler, engellilerin yaşamın tüm alanlarında diğerleriyle eşit bir şekilde hukuki ehliyete (legal capacity) sahip olduğunu kabul eder*” Bu anlamda sözleşmenin 12. Maddesinin doğru uygulanacak olduğu takdirde “potansiyel bir devrim” niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür⁶². Madde, devamında bireylerin hukuki ehliyetlerinin kullanımında destek alabilmeleri için gerekli desteğin sağlanmasını, alınacak tedbirlerin kişilerin irade hak ve tercihlerine en yüksek düzeyde uygunluğunu ve tedbirin orantılılığını aynı zamanda en kısa zaman için uygulanmasını öngörür. Sözleşme, aynı zamanda hiç bir yerde “vasi” kavramına yer vermemekte ve 12. Maddenin son fıkrası engellilere; mülk edinme, mirasa sahip olabilmek, mali işleri kontrol etme noktalarında diğer bireylerle eşit hak sağlanmasını garanti altına almakta ve bu hususlarda etkin tedbirler alınması gerekliliğini vurgulamaktadır.

12. Madde, Sözleşmenin hazırlanması aşamasında üzerinde en çok tartışılan maddelerden biri olmuştur. Burada son derece önemli bir nokta Sözleşme metninin Türkçeye uyarlanışında ve resmi tercümesinde “hak ehliyeti” olarak ele alınmış olmasıdır⁶³. Oysa orijinal metinde “*legal capacity*” kavramı olarak yer almakta olan kavram hak ve fiil ehliyeti olarak bir ayırım yapmamaktadır. Esasen Çince ve Arapça gibi dillerde de kelimenin tercümesi yalnızca hak ehliyeti anlamına geldiğinden sözleşmeye bir açıklayıcı not düşülmesi ve kavramın hem hak hem de fiil ehliyetini kapsayacak biçimde ele alınması tartışılmışsa da belge kabul edilen haliyle böyle bir ibare taşımamaktadır⁶⁴. Sözleşmenin hazırlanma süresinde bilhassa engelli sivil toplum örgütleri tarafından üzerinde ısrarla durulan nokta kanun karşısında eşitlik hükmünü düzenleyen bu maddenin sadece pasif bir hak ehliyeti değil aynı zamanda fiil ehliyetinin de kullanımını garanti altına alması ve vesayet düzenlemelerinin kötüye kullanımının engellenmesi olmuştur. Yine bu grupların dile getirdiği nokta, kişilerin fiil ehliyetlerini kullanırken yardım almasının onların bu

⁶² Minkowitz, Tina: “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be free from non-consensual psychiatric interventions”, 34 Syracuse Journal of International Law and Commerce 2007, s.408.

⁶³ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm> (Erişim 05.04.2016)

⁶⁴ Dhanda, Amita: “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Strangehold of the past or lodestar for the future”, 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 429 (2006-2007) s.453.

ehliyetle sahip olmalarının önünde bir engel olmadığıdır⁶⁵. Burada sözü edilen ve dilimize “hak ehliyeti” olarak tercüme edilen ehliyet, haklara sahip olabilmek anlamında bir ehliyet olmasının ötesinde bu hakların kullanımı bakımından da önem taşımaktadır⁶⁶. Bu anlamda Sözleşme hazırlanırken kaygı duyulan noktalardan biri de maddenin Türkçeye çevirisinde olduğu gibi yalnızca hak ehliyetini içerecek biçimde anlaşılacak olması olmuştur. Nitekim Komite’ye ulaşan ülke raporlarında kimi ülkelerin 12. Maddeyi hiç anlamadıkları ve 12. Maddeyi iç hukuk düzenlemelerinde yalnızca bir hak ehliyeti olarak yorumladıkları gerçeği ortaya çıkmıştır⁶⁷. Unutulmaması gereken, Viyana Sözleşmeler Hukuku Sözleşmesinin 31. Maddesinin de öngördüğü üzere, uluslararası sözleşmelerin amaçlarına uygun olarak okunup yorumlanması gerekliliği ve dolayısıyla linguistik nedenlere sığınarak bu sözleşmenin kapsamının daraltılmayacağıdır⁶⁸.

Sözleşmeden bir paradigma değişimi olarak söz edilmesindeki en önemli unsur şüphesiz engelli kişilerin aktif birer hak öznesi olarak yer almaları durumudur. İşte bu anlamda 12. Madde bu durumun en bariz ortaya çıktığı düzenleme olarak ele alınabilir. Bilhassa bu maddede yer alan hakların kullanımı konusunda ortaya çıkan “destekli seçim” (*supported decision making*) kavramı, vesayet kavramını geride bırakarak evrilen bir anlayışın uzantısıdır⁶⁹. O hâlde destekli seçim kavramı için

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Türk Hukukuna ve pek çok çağdaş hukuk sistemine göre hak ehliyeti herkes tarafından, doğumla ve kişinin özelliklerinden bağımsız olarak kazanılan kişi olabilme ehliyetidir. Herkesin hak ehliyeti sahibi olması ancak bunu kullanırken birtakım kısıtlamalara maruz kalabilmesi halleri arasında; ayırt etme gücü ve akıl hastalığı bulunmaktadır. Bu haller hak ehliyetinin kazanılabilmesi bakımından kural olarak bir rol oynamazken bazı hakların kazanılması bakımından ayırt etme gücü yokluğu ve akıl hastalığı; evlenme, evlilik dışı çocuğu tanıma ve velayet ve vasilik konularında hak kazanımını engeller. TMK 133, TMK 348, TMK 479

⁶⁷ Dinerstein, Robert D.: "Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making." Human Rights Brief 19, no. 2 (2012): 8-12, s.11

⁶⁸ UN VCLT, 18232, 1969

⁶⁹ Dhanda Amita, Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future? 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 429 (2007)

paradigma değişimi ve otonomi algısını ortaya koyan en önemli kavramlardan biri denilebilir⁷⁰.

Bu bölümü kapatmadan evvel hukuki ehliyet konusunu düzenleyen 12. Madde ve engelli kişilerin demokratik düzene katılımı ilişkisini ele alan son derece önemli olan bir karar olan *Kiss v. Macaristan* kararına değinmek, sözü edilen kavramları somutlaştırmak adına uygun olacaktır. AİHM'nin verdiği bir karar olarak bu karar da diğerleri gibi, BM Engelli Hakları Sözleşmesiyle getirilen standartlara referans barındırması ve Sözleşmenin bölgesel hukuk sistemlerine ve yargılamalara etkisini sergilemek açısından önemlidir. *Kiss v. Macaristan* davasında konu olan olay, manik depresyon teşhisiyle kısmi vesayet altına alınan başvuruçunun Macar yasalarınca vesayet altındaki kişilerin otomatik olarak oy hakkını kaybetmesi nedeniyle oy kullanamamasına ilişkindir. Kısmi vesayet altında bulunması nedeniyle genel seçimlerde oy kullanamayan başvuran konuyu AİHM'e taşımış ve argümanları arasında BM Engelli Hakları Sözleşmesine de yer vermiştir. Öte yandan Mahkeme, konuyu serbest seçim hakkını düzenleyen AİHS'sinin 1 No'lu Protokolün 3. maddesi'nin ihlali olarak ele almıştır.

Davanın önemi her şeyden önce AİHM'in ilk kez bir kararında BM Engelli Hakları Sözleşmesine üst hukuk kaynağı olarak atıfta bulunmuş olması bakımındandır⁷¹. Nitekim bu yol, burada da ele alınan kimi davalarda ortaya konduğu üzere, ilerleyen kararlarda da görünür olmaya devam etmiştir. AİHM'si, kararında, oy kullanabilme kriterlerini belirlemede her ne kadar ülkelerin yasayla belirlenmiş ve orantılı bir takdir alanı olduğunu kabul etse de söz konusu durumda olduğu üzere, kısmi bir vesayet altına giren herhangi bir kimsenin oy hakkından otomatik olarak mahrum kalacağı bir düzenlemenin kabul edilemez olduğunu belirtmiş ve kucaklayıcı olmadığının altını çizmiştir⁷². Mahkeme, özellikle zihinsel engelliler gibi kırılgan gruplar söz konusu olduğunda söz konusu grupların hali hazırda, gözle görülür ve süregelen bir ayrımcılık ve damgalamanın muhatabı olduklarından hareketle, devletin takdir yetkisinin daha kısıtlı olması gerektiğinin ve sınırlama konusunda hakikatli gerekçelerinin bulunması gerekliliğinin altını

⁷⁰ Dinerstien, Robert, Supra 67, s.8.

⁷¹ Application no. 38832/06 paragraf 14-44

⁷² Application no. 38832/06 paragraf 42

çizmiştir⁷³. Mahkeme, bu tutumu benimsiyor olmasına gerekçe olarak söz konusu grubun geçmişten bugüne kadar ayrımcı uygulamaların muhatabı olmuş olması ve yasaların da bunu destekleyici olmaması gerektiğine dayanmıştır. Bu gerekçeyle bir mahkeme kararına dayanmaksızın vesayet altına giren kişilerin sırf zihinsel engellilik durumlarına dayanılarak otomatik olarak oy hakkını kaybetmelerine yönelik bu düzenlemeyi gerekçeli bir sınırlandırma nedeni olarak görmediğini belirtmiş ve uluslararası hukuku da gözeterek AIHS'nin 1 no'lu protokolünün 3. Maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁷⁴.

Değerlendirme ve Sonuç

Engelli kişilerin insan hakları açısından bir devrim olarak dile getirilen Sözleşme ve bu sözleşmede öne çıkan kimi kavramları ele alan bu kısa çalışmada ortaya koyulan noktalar, Sözleşme'nin neden bir paradigma değişikliği olarak tanımlanır olduğunu açık kılmak adına bir başlangıç olarak değerlendirilebilir. Öte yandan ele alınan sözleşmenin mevcut uluslararası insan hakları belgeleri arasında kapsayıcılık ve koruyuculuk bakımından neden öne çıktığı ve bu anlamda insan hakları algısı ve hukukuna nasıl bir katkı yaptığı, Sözleşmenin söz konusu kavramları ele alışı gizlidir.

Sözleşmede öne çıkan engellik tanımı esasen sosyal modeli de aşan bir nitelikte olup bu tanımdan yola çıkarak türetilen insan hakları “holistik” bir karakter taşımaktadır. Gerçekten de engellilik özelinde bir insan hakları yaklaşımını ortaya koyan sözleşmenin gerek sivil-politik, gerek ekonomik-sosyal ve gerekse dayanışma haklarını bünyesinde barındıran bir koruma sağlıyor olması bu haklara ilişkin süregelen ayrımları ortadan kaldırmak ve hakların birbiri ile olan kaçınılmaz ilişkisini ortaya koymak bakımından önemlidir⁷⁵. Zira salt sosyal modelin önem verdiği ve sivil haklar fikrinden hareketle geliştirilecek pek çok husus daha formel bir eşitlik tanımı üzerinde durmakta ve bu da insan hakları alanında sınırlı bir uygulanabilirlik göstermekteyken; insan hakları modeli, gerek bireylerin eşitliğine vurgu yapmakta, gerekse bu eşitlik

⁷³ Ibid

⁷⁴ Application no. 38832/06 paragraf 42, 44

⁷⁵ Ibid

anlayışını dezavantajlı konumda olan guruba gerekli pozitif yükümlülükleri yerine getirmek aracılığıyla vaat etmektedir ⁷⁶.

Sözleşmenin bir diğer önemli özelliği engelliliğin bir insan hakkı meselesi olarak görülmesi gerekliliğinin ve bu yöndeki değişimin salt pozitif hukuk aracılığıyla gerçekleşemeyeceğini kabul edilmiş olmasıdır. Bu bakımdan Sözleşme'ye imzacı taraf Devletler, bu algı değişimini, ironik bir biçimde yine sözleşmeye taraf olarak ve dolayısıyla pozitif hukuk uyarınca yükledikleri bir sorumluluk dahilinde yapacaklardır. Zira taraf Devletlere; ayrımcılık yasağı, engelli kişilerin insan onuru ve kapasiteleri yönünde bilinç yükseltme ve toplumsal farkındalık artırma ödevini düzenleyen sekizinci maddesiyle Sözleşme, salt hukukla gerçekleşemeyecek olan bir değişimi yine bizzat hukukla gerçekleştirecek olma iddiasını barındırmaktadır. O hâlde yakın zamanlarda Türkiye açısından da dikkat çeken farkındalık yaratma çabalarında Sözleşmenin imzalanmış olması gerçeğinin rol oynadığı söylenebilir.

İnsan hakları enflasyonu kavramının sıkça dile getirildiği bir dönemde Sözleşmenin engelli kişiler lehine yeni haklar doğurup doğurmadığı konusuysa çoğu kez bir olumsuzla cevaplanmaktadır. Konuyla uğraşan pek çok isme göre Sözleşme, bu anlamda yeni haklar doğurmamış ancak mevcut sözleşmelerde yer alan insan haklarını engelli kişiler lehine yorumlamıştır. Bunun dışında Sözleşmenin bilhassa vurgu yaptığı uluslararası işbirliği yükümlülüğü gerekçesiyle üçüncü kuşak dayanışma hakları bakımından haklar yarattığını iddia eden görüşler de mevcuttur. Bu çalışma bakımından savunulan bir noktaysa Sözleşmenin yeni haklar yaratması tartışmasının ötesinde mevcut insan hakları algısı ve pratiğine katkıda bulunacak kimi kavramlara yeni bir bakış açısı getirmiş olmasıdır.

Daha önce belirtildiği gibi, Sözleşmenin uygulanışının takibi adına, evrensel bağlayıcılığı olan diğer sözleşmelerde olduğu üzere, Sözleşmenin kendisi de bir koruma mekanizması getirmektedir. Madde 33'e göre taraf Devletler bu konuyla ilgili tayin ettikleri organlarını belirtmelidirler. Yine Sözleşmenin uygulanmasında doğabilecek ihtiyaçlar bakımından uluslararası işbirliğine yapılan vurgu son derece önemlidir. Sözleşme, 34. Maddesi ile konu ile ilgili bir Komite kurulmasını öngörür ve bu konuda

⁷⁶ Michael Ashley Steint, Disability Human Rights, California Law Review, Vol 95, No 1, 2007, s.76.

taraf devlet raporlarını inceler. Bu noktada fark yaratan bir özellik, gerek Sözleşmenin hazırlanış süresince gerekse takibinde engelli bireylerin ve konuyla ilgili organizasyonların katılımının son derece yüksek olmasıdır. Tüm engelli hareketi boyunca slogan olan “*biz olmadan bizimle ilgili hiçbir şey olamaz*” (nothing about us without us) ilkesinden de yola çıkarak, bu gözlem komitesinde bizzat engelli bireylerin yer almasına hassasiyet gösterilmiştir. Son olarak sözleşmenin getirdiği Seçmeli Protokol sayesinde, Komitenin taraf devlet vatandaşlarından bireysel ve grup şikayetleri alabileceği veya kendisinin belirleyeceği bir taraf devlette inceleme başlatabileceğidir⁷⁷. Öte yandan Komitenin ele aldığı şikayetlerin henüz sayıca sınırlı olması ve taraf Devletler üzerinde hukuki bir bağlayıcılığı olmaması nedeniyle bu çalışmada Sözleşme ile etkileşimi dâhilinde yalnızca bazı AİHM kararlarına değinilmiştir.

Sözleşme Komitesinin aldığı yakınmaların sayısı, Seçmeli Protokolü imzalayan ülkelerin sayısının da görece az olmasından dolayı henüz oldukça sınırlıdır. Öte yandan dikkat çeken bir nokta hali hazırdaki mevcut yakınmaların pek çoğunun gelişmiş ülkeler tarafından yapılmış olmasıdır⁷⁸. Onuncu yılına yaklaşırken, engelli kişilerin hakları ve standartları bakımından global düzeyde etkili olmayı hedef alan ve bilhassa engellik ve kalkınma ilişkisini ve bu konuda doğan uluslararası yükümlülük ve işbirliğini önemseyen bu Sözleşmeden doğan hak ihlallerinin giderilmesinde, gelişmekte olan ülkelerin durumunun ne olacağı sorusuyla merak konusu olarak görünmektedir. Zira Sözleşmenin bir üst hukuk olarak Avrupa düzeyindeki bölgesel insan hakları koruma sistemlerine ve AİHM’e etkimiş olması sevindiricidir; ancak aynı durumun dünyanın geri kalanı için söylemek henüz mümkün görünmemektedir.

Son olarak büyük bir sempatiyle karşılanan Sözleşmenin, taraf Devletlerin başta engellik algısı olmak üzere, ulusal yasal düzenlemelerinde ve insan hakları kültürlerinde potansiyel bir değişim ve gelişim yaratacağı umudunu yinelemek gerekir. Bu anlamda, geçtiğimiz yıllarda kendisine ülkesinde engelli hakları olup olmadığı sorulan bir kişinin : “elbette var, örneğin bir sürücü engelli birine çarptığı zaman yine de ceza alıyor” şeklinde verdiği cevapta ortaya çıkan ve engelli kişileri

⁷⁷Madde 1, Opsiyonel Protokol,

<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>

⁷⁸<http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=4&sortOrder=Date> (Erişim : 05.04.2016)

hukukun yalnızca nesnesi ve edilgeni kılan ortalama bir anlayışın, yakın zamanda ortadan kalkacağı ümidini ve bunda Sözleşmenin büyük rol oynayacağını belirtmek anlamlı olacaktır.

Kaynakça

- Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1968
- Barnes C. & Mercer G., *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 1996
- Burns, Jonathan, *Mental Health and Inequality: A Human Rights Approach To Inequality, 9 Discrimination And Mental Disability*, Health and Human Rights, Vol. 11, No. 2, 200
- Chloe E. Bird, Peter Conrad, Allen M. Fremont, Stefan Timmermans, *Handbook of Medical Sociology*, New Jersey, PA: Prentice Hall, 2000
- Degener Theresa /Yolan Koster-Dreese, *Human Rights And Disabled Persons: Essays And Relevant Human Rights Instruments*, Martinus Nijhoff, 1995
- Despouy, Leandro, *Human Rights and Disabled Persons*, Human Rights Study Series, No 6, UN Sales no E92XIV
- Dhanda, Amita, *Legal Capacity in The Disability Rights Convention: Strangelehold Of The Past Or Lodestar For The Future*, 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 429
- Dinerstein, Robert D., *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*, Human Rights Brief 19, no. 2 (2012): 8-12
- Fredman, Sandra, *Providing Equality: Substantive Equality And The Positive Duty To Provide*, South African Journal of Human Rights, 21(2), 163–190, 2005
- Jonathan Kenneth Burns, *Mental Health And Inequality: A Human Rights Approach To Inequality, Discrimination And Mental Disability*, Health and Human Rights, Vol. 11, No. 2 (2009)
- Lawson, Anna, *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn*, 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 563 (2006-2007)

- Lawson Anna / Gooding Caroline, *Disability Rights in Europe*, Hart, Oxford, 2005
- Minkowitz, Tina, *The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities And The Right To Be Free From Non-Consensual Psychiatric Interventions*, 34 Syracuse Journal of International Law and Commerce 2007
- Mccrudden, Christopher, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, European Journal of International Law 19(4), 2008
- Megret, Frederic: *The Disabilities Convention: Towards a Holistic concept of Rights* ,The International Journal of Human Rights, 12(2), 2008
- Michael, Lucy, *Defining Dignity And Its Place In Human Rights*, New Bioethics , 20(1), 2014
- Michael Ashley Steint, *Disability Human Rights*, California Law Review, Vol 95, No 1, 2007
- Oliver Mike, *The Social Model Of Disability: Thirty Years On*, Disability & Society, 28:7, 2013
- Oliver, Michael, *Understanding Disability: From Theory To Practice*, Basingstoke: Palgrave, 1996
- Quinn Gerald/ Degener Theresa, *Human Rights are for all : A study on the current use and future potential of the United Nations Human Rights instruments in the context of disability* , Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2002
- Quinn Gerald/Arnardottir Oddny Mjoll, *the UN Convention On Rights Of Persons With Disabilities : European And Scandinavian Perspectives*, Brill/Nijhoff, 2009
- World Report on Disability, WHO, 2011
- Shakespeare, Tom, *Disability, Genetics And Global Justice*, Social Policy and Society, 4(1): 87–95.
- Shakespeare, Tom, *The Social Model Of Disability: An Outdated Ideology?* in Research in Social Science and Disability Journal, Volume 2, 9-28, 2001
- Stein, Michael, *Disability Human Rights*, California Law Review 95 (1), 2007

- Yardımcı, Sibel/Bezmez,Dikmen, *Muhtaç” ile “vatandaş” arasında: Türkiye’de sakat öznelliği üzerine bir tartışma*, Toplum ve Bilim Dergisi (126), 2013
- Yardımcı, Sibel/Bezmez,Dikmen, *In search of disability rights: citizenship and Turkish disability organizations*, Disability & Society, 25:5, 2010, 603-615

DEVLET GÖZETİMİ İLE İNSAN HAKLARININ UYUMLAŞTIRILMASI SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*R. Cengiz DERDİMAN**
*Nihal TATAROĞLU***

Özet

Bu makalede özgürlük ve güvenlik ilişkisi kameralar ile izlemeler bağlamında incelenmiştir. Son yıllarda Dünyada yaygınlaşan ve yoğunlaşan iç güvenlik sorunları nedeniyle birçok devlet kameralar ile kamusal hayatın tüm alanlarını izleme eğilimine girmiştir. Ancak, devlet tarafından yapılan izlemeler, doğası gereği özgürlükleri sınırlandırma ve insan haklarını ihlal etme eğilimindedir. Güvenliğin özgürlükler aleyhine tercih edildiği otoriter uygulamalara ilişkin tarihsel tecrübeler düşünüldüğünde konunun ne denli önemli olduğu ortadadır. Güvenli bir yaşamın temini, devletin varlık nedeni ve asli görevidir. Devletin güvenlik uygulamaları insanların özgürce yaşama idealleri için var olmalıdır. Devletin temel organları eylem ve işlemlerinde "özgürlük karinesi"ni temel ilke olarak benimsemelidir. Bu açıdan, izlemeler ile insan haklarının uyumlu kılınması hususu önemlidir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve 1982 Anayasası ilgili hükümlerinin devlet gözetimi ile ilgili kısımları incelenmiştir. Ayrıca izlemeler ile insan haklarının uyumlaştırılması noktasında çözüm önerileri sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: gözetim, özel yaşama saygı hakkı, özgürlük-güvenlik dengesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1982 Anayasası.

THE HARMONIZATION ISSUE OF STATE SURVEILLANCE WITH HUMAN RIGHTS AND SOLUTION OFFERS

Abstract

In this article, liberty and security relationship has been examined in the context of surveillancing with CCTV. In recent years due to internal security problems which have been spreaded and concentrated worldwide many state tend to monitoring all areas of public life. However the surveillancing by state inclines to limiting liberties and violating human rights inherently. It is obvious that the importance of the subject considering the historical experience that to sacrifice liberty and to form a ground for authoritarianism for

* Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

** Öğr. Gör., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Muğla Meslek Yüksekokulu Yönetim ve Organizasyon Bölümü

state security. To provide with secure life is reason of state and its fundamental duty. State's security applications should be exist for people's freely ideals of life. The government main bodies must adopt "presumption of liberty" as the core principle in their action and activity. From this point of view, it is so important issue that the surveillancing must comply with the human rights. Therefore, the surveillance-related parts of European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights' decision and 1982 Constitution Act are analyzed. In addition, the solution offers about harmonization of surveillance-human rights are listed.

Keywords: surveillance, balance between liberty and security, right to respect for private life, European Convention on Human Rights, 1982 Constitution Act.

Giriş

Bilindiği gibi özgürlükler insanlara bir lütuf olarak kendiliğinden verilmemiştir. Batıda insan hakları, yönetilenlerin yönetenlerden uzun mücadeleler sonucunda aldıkları ve siyasal iktidarlara karşı ileri sürebildikleri haklardır. Bu hakların temel felsefesi insanların siyasal iktidar ve diğer güçlere karşı korunmasının güvence altına alınmasıdır. Ancak, bu hakların soyut niteliği, ölçütlerinin ve içeriklerinin yeterince belirli olmayışı, iktidarlar tarafından Anayasa ve kanunlara aykırı olarak, keyfi bir şekilde kullanılmalarına da sebep olmaktadır. Oysaki insan haklarının özünü, bu haklardan her birinin, diğerleriyle birlikte bir bütün oluşturmaları, biri olmaksızın diğerlerinin içeriğine uygun bir anlam taşımayacakları ve bunların herhangi birisinden feragat edilemeyeceği ilkeleri oluşturmaktadır. Bu kapsamda "güvenlik hakkı"nın gereği olarak uygulanan politikaların insan haklarını önceleyen bir yaklaşımla ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda güvenliği sağlama gerekçesi ile özgürlüklerin ve özel yaşam hakkının ihlal edilmesi kabul edilemez.

Devletin, güvenliği sağlamak gibi toplum nezdinde kabul edilebilir bir gerekçeyle kamusal alanlarda kamera ile yaptığı izlemelerin insan haklarına uygunluğunun sağlanabilirliği sorunu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. İlk bölümde güvenlik, kamu düzeni kavramları ve bunların özgürlükler ile ilişkileri açıklanmış, devletin bu olgulardaki işlevi sorgulanmış ve özgürlüklere ilişkin felsefi ve sosyolojik bakış açıları "gözetim" kavramı çerçevesinde analiz edilmiştir. İkinci bölümde güvenlik hakkının bir parçası olarak algılanan izlemelerin özel yaşam hakkı ve özgürlüklerle ilişkisi hukuki açıdan sorgulanarak Türkiye'deki mevcut durum değerlendirilmiştir. Son bölümde "güvenlik hakkı"nın bir uzantısı olarak değerlendirilebilecek izlemelerin insan hakları ile uyumu bakımından öneriler sıralanmıştır.

Yukarıdaki bilgilerden anlaşılacağı gibi, suç teşkil eden bir olayın soruşturulması için öngörülen teknik araçlarla takip ve benzeri adli tedbirler konu dışında tutulmuştur. Konumuz kapsamındaki incelemede işyerlerinin ve kamusal alanların kameralarla gözetlenmesi esas alınmıştır.

1. Güvenlik, Kamu Düzeni ve Özgürlük Kavramları Açısından Devlet

Güvenlik insanoğlunun var oluşundan beri önemli bir ihtiyaç olmuştur. Bireysel bir ihtiyaç olan güvenlik, insanların bir arada yaşar hale gelmeleri ile birlikte kolektif bir nitelik kazanmış ve toplumsal sürdürülebilirliğin temel unsurlarından biri olmuştur.

Güvenlik ihtiyacı insan topluluklarının devleti kurmalarında gözettikleri temel amaç ve argümanlar arasında yer almıştır. Bu konuda farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, devletin varlık sebebi ile güvenlik arasında doğrudan bağlantı kuran önemli yaklaşımlar bulunmaktadır. Sosyolojinin öncüsü İbn-i Haldun'a göre (Haldun,1982:271-276), insanların toplumsal yaşama geçmeleri beslenme ve güvenlik ihtiyaçları doğrultusunda verdikleri akli kararlar ile olmuştur. İnsanlar kendileri dışındaki canlılara karşı kendilerini savunmak için diğer insanlarla yardımlaşmak zorunda olduklarını fark etmeleri neticesinde toplum halinde yaşamaya başlamışlar ve akabinde tabiatları gereği insanların saldırma ve haksızlık yapma güdüsüne karşı kendilerini birbirlerine karşı korumak için de bir otoriteye ihtiyaç duymuşlardır.

Devletin meşruiyetini güvenlik arayışına dayandıran John Locke, insanların doğa durumunda düzen içinde olduğunu, ancak bu düzenin her bireyin kuralları çiğneyen kimseleri cezalandırma hakkını kendisinde görmesi ile bozulduğunu belirtmektedir. Korku ve tedirginlik halinde olan insanlar hayatlarını ve mülkiyetlerini birbirlerine ve sivil toplumun üyesi olmayanlara karşı güvence altına almak ve birbirleriyle rahat, güvenlik ve barışçı bir yaşam sürdürmek için anlaşarak siyasal toplum aşamasına geçmişlerdir (Locke, 2012; 15,64).

Güvensiz ortamı ortaya çıkaran gelişmeler açısından yaklaşım farklılıkları olmakla birlikte diğer toplumsal sözleşme teorileri de, Locke gibi insanların güvende olma ihtiyacı ile ilk kez uzlaşma temelinde bir araya geldiklerini ve kendilerini koruma görevini bir anlaşma ile kurdukları devlete verdiklerini ifade etmektedirler. Bu konuda güvenliğe vurgu yapan en meşhurunun, Hobbes'in "insan insanın kurdudur" deyişinden ilham alan ve toplumsal sözleşmenin güvenliği sağlamak için ihtiyaç oldu-

ğuna ilişkin görüş olduğu söylenebilir (Hobbes, 1992). İnsanları ilk kez birbiriyle işbirliği yapma zorunluluğu içine sokan güvenlik ihtiyacı toplumun yararı doğrultusunda giderilmek üzere devletin varlık sebebini ve en temel görev alanını oluşturmaktadır. Yukarıda sözü edilen teorik yaklaşımlar sosyolojik bir gerçeklik olmamakla birlikte, devletin meşruiyet dayanağına ışık tutması açısından oldukça önemlidir. Ancak, “devlet” ve “güvenlik” kavramlarının her birisinin özü itibarıyla topluma dayanması ve her ikisinin de toplumun huzuru ve mutluluğu için var olması gereğine vurgu yapan anlayıştan uzaklaşarak, güvenliğin toplumsal huzuru ve bireysel özgürlükleri zedeleyen yorumlarına rastlamak da mümkün olmaktadır.

Latince "securitas" kelimesinden türetilen Fransızca "sécurité" ve "sureté" kelimeleri arasındaki anlam farkı güvenlik kavramına ilişkin karmaşanın anlaşılmasına da yardımcı olmaktadır: Devlet ve toplum yapılanması açısından somut ve ciddi sorunlara işaret eden "sureté" kavramı “tehlikenin olmayışı” anlamına gelmektedir ve daha çok devlet güvenliği ni ilgilendiren hususlar için kullanılmaktadır. Subjektif bir niteliği olan "sécurité" kavramı ise garanti, güven, huzuru temin ve garanti etmek, düzen, barış gibi kelimelerle tanımlanmaktadır (Bal, 2003: 19-21). Duygulara gönderme yapan kavram ile tanımlanan, tehlikenin olmaması durumu değil, kişilerin psikolojik olarak güvenlik içinde olma durumudur ve bu durumu doğrulayan özne bireydir. “Devlet ve toplum odaklı olma” ayrımında ifadesini bulan bu iki farklı kavram Türkçede “güvenlik” tabiri ile karşılanmıştır.

Güvenlik, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "toplum yaşamında yasal düzenin aksamadan yürütülmesi, kişilerin korkusuzca yaşayabilmesi durumu, emniyet" olarak tanımlanmıştır (Türk Dil Kurumu, 2014). Kavramın ilk kısmı güvenliğin objektif yönünü ifade ederken, ikinci kısmı bireylerin güvende olma hissiyatını içeren sübjektif yönünü ifade etmektedir. Güvenlik kavramının hem devleti konu alan, hem de toplumun güvende olma hissiyatını içeren anlamlarının birlikte kullanılmasının zihinlerde bir kargaşaya sebep olduğu yorumu yapılabilir.

Güvenlik, asayiş ve sağlık ile birlikte kamu düzeninin boyutlarını teşkil eder. Bir yönüyle güvenlikle eş anlamlı olarak algılanan ama toplumda fiili saldırının ve huzursuzluğun olmaması, bunların olmayacağına dair bir güven hissinin oluşması ve genel olarak esenlik içinde bir toplumla eş anlamlı olan "kamu düzeni" kavramı, kolluk eylem ve işlemlerinin

amacını teşkil etmekte (Derdiman, 2007: 7) ve aynı zamanda kişilerin özgürlüklerine müdahalede de bir araç olarak kullanılmaktadır.

Güvenlik ve kamu düzeninin iktidarlar tarafından kullanılış şekliyle bağlantılı olarak özgürlükler ile aralarında sürekli bir gerilim olduğu yönünde bir algı bulunmaktadır. Bu algı ekseninde tartışmalar, genellikle özgürlük ve güvenlik kavramlarını birbirinin zıttı iki uçta konumlandırmakta ve sonuçta aralarında makul bir denge kurulması savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, özgürlük ve güvenlik birbirinden çalan, birbirini eksilten süreçleri ifade etmektedir. Özgürlükçüler ile güvenlikçiler arasındaki çatışmalar da akıl/duygu bölünmesi şeklinde cereyan etmektedir. Güvenlikçiler, nesnel şartları ileri sürmekte ve reel politik gerekliliklerden temellenen bir hikmet-i hükümet siyasetini takip etmektedir. Diğer yandan özgürlükçülerin duygusallıkları, bazı siyasal edebi ezberlerden hareketle akliliğini kaybedip bir siyasal taşkınlığa dönüşmektedir. Bu sebeple, sarkacın iki ucunda özgürlük ve güvenlik arasında tatminkâr ve meşru bir dengede tutularak sorunun çözülebileceği fikri savunulmaktadır (Öğün, 2014). Ancak özgürlük-güvenlik dengesi söylemi tarihsel süreçte çoğu zaman güvenliğin öncelenecek insan haklarını ihlallerle sonuçlanan uygulamalara varmıştır.

Özgürlük ve güvenliğin birbirini eksilten süreçler olarak değerlendirilmesi yaklaşımının, kavramların özüne inildiğinde, sadece uygulamalarla bağlantılı olduğu görülmektedir. İki kavramın da insan hakkı olması dolayısıyla aralarında bir çatışmanın olması anlamsızdır. Özgürlük ve güvenlik birbiriyle simbiyotik bir ilişki içindedir ki özgürlük ile güvenlik çoğu durumda birbirini tamamlar. Bunlar birbirinin rakibi olmaktan ziyade birbirlerinin ön şartları durumundadırlar. Bir başka deyişle, özgürlüğün yokluğu güvenliğin; güvenliğin yokluğu da özgürlüğün yokluğunu getirebilir (Wittes, 2011: 4,19).

Özgürlük ve güvenlik arasındaki gerilimi vurgulayan yaklaşımların bir başka nedeni kavramların tarihsel gerçekliği ile varlık felsefesinin ihmal edilmesidir. Güvenliğin, özgürlüğü eksilten bir sonuca sebebiyet vermesi, onun neye hizmet ettiği ile doğrudan bağlantılıdır. Devlet topluma hizmet etmek ve onun en temel ihtiyacı olan güvenliğini sağlamak üzere kurulmuştur. Devletin temel görev alanı özgürlükleri sağlamayı amaçlayan bir güvenliktir (Tataroğlu, 2012: 97).

Demokratik bir hukuk devletinde birincil amaç özgürlüklerin korunmasıdır. Güvenliği sağlamak üzere özgürlüklerden taviz veren bir yak-

laşım, güvenlik ile özgürlük arasındaki amaç-araç ilişkisini tersine çevirdiği için insan haklarını tehdit etmektedir. Özgürlüğe hizmet etmeyen, güvenliği önceleyen görüş insani varoluş ve özgür bir toplum ideali için son derece tehlikelidir. Bu nedenle siyasal iktidara karşı ileri sürülebilen ve bireylerin temel güvencesi olan insan haklarının sınırlandırılması söz konusu olduğunda, güvenlik gerekçesiyle özgürlüğün sınırlandırılmasını zorunlu kılan istisnai durumlarda yol gösterici olan, 'sınırlanmayan konularda özgürlüğün ve serbestliğin geçerli olduğu' anlamındaki ilke, yani özgürlük karinesi" olmalıdır (Erdoğan, 2013: 26-28).

1.1. Özgürlük-Güvenlik Dengesi Bağlamında Gözetim Olgusu, Sosyolojik ve Felsefi Yaklaşımlar

Yukarıda değinildiği gibi, devlet hayatında güvenliğin özgürlükleri ihmal etmediği, bilakis onların güvencesi olduğu yönündeki uygulamaları öngören bir dengenin kurulması şarttır. Bu, devletin, güvenliği sağlamak için elektronik gözetimi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Teknolojik gelişmeler ile yeni şekiller alan "gözetim" olgusu, yeni bir kavram ve uygulama değildir. Gözetim, gücü elinde bulundurmak ve korumak isteyen iktidarların da her zaman en temel toplumsal denetim mekanizmalarından biri olmuştur. Yaşanan gelişmeler ölçüsünde farklı şekiller alan ve yeni araçlarla hayat bulan gözetim olgusu, modern öncesi, modern ve post-modern dönemde varlığını sürdürmüştür (Lyon, 1997: 59).

Gözetim olgusunun daha öncede çeşitli teorik yaklaşımlarda işlenmesine rağmen, sosyal bilimlerde kabul görmesi Michael Foucault ile olmuştur. Foucault, iktidarın sosyal kontrol mekanizmalarını Ortaçağ'dan moderniteye uzanan değişimi bağlamında ele almaktadır. Ortaçağda iktidarın toplumu kontrol etmek, düzeni sağlamak ve kendi gücünü pekiştirmek için şölen havasında işkenceye dayalı ceza ritüelleri, 18. yy ceza alanında ıslahatlarla birlikte değişime uğramış ve iktidarın kontrol araçları ve şekilleri değişmiştir. Klasik dönemde iktidarın baskı unsuru insan bedeninde tezahür ederken, modern dönemle birlikte ruha yönelmiştir. Daha dolaylı, sürekli, faydacı olan ve incelikli hale gelen iktidar baskısında mekân ve zaman unsurları ise temel argümanlardır. Foucault insanları kontrol etmede okul, kışla ve fabrikaların disiplin mekânları olduğunu ve iktidarın kontrolünün modernite kurumlarının tümünde olduğunu belirtmektedir. Mekânın örgütlenmesiyle mekânlar kendi içinde daha sistemli

olarak ayrılmaya başlamıştır. Böylelikle denetim için daha uygun ortam yaratılmıştır (Foucault, 2000: 220-223).

Foucault mekân örgütlenmesi olarak Bentham'ın "panopticon" kavramından hareket etmiş ve modernite ile arasındaki bağlantılara ışık tutmuştur. Bentham tarafından düzen sağlama noktasında bir çözüm yolu olarak ortaya konan "panopticon" kavramı, Foucault tarafından eleştirel bir yaklaşımla var olan gerçekliği resmetmek üzere kullanılmıştır Yunancaya dayanan ve kelime anlamı "göz önündeki yer" olan "panopticon" Jeremy Bentham tarafından 1791 yılında yayınlanan hapisane planı ile ortaya çıkmıştır. İktidar gözetiminin hapisanenin mimari yapısı ile sağlanması amacıyla tasarlanan "panopticon" ile görünmeden görmek, bilinmeden bilmek felsefesi ile belirsizlik itaat ettirmenin bir aracı olarak kullanılmıştır.

Panopticon, daire şeklinde dizayn edilmiştir. Dairenin merkezinde bir gözetleme kulesi, tamamında kulenin gözetimini mümkün kılan hücreler bulunmaktadır. Daire şeklinde kulenin etrafında dizilen hücreler kuledeki gardiyan tarafından tek yönlü olarak gözetlenecek şekilde tasarlanmıştır. Kulenin içi dışarıya yansımamakta ve gözetlenenler kimin, ne zaman kendilerini gözetlediğini bilmemekte, ama bu yapılanma her zaman gözetlenebileceklerine dair bir inanç oluşmaktadır. Bu inanç sayesinde kişiler kendilerini gözetleyenin gözünden değerlendirmeye doğru bir eğilim geliştirmektedir. Bu nedenle Bentham'ın gözetime dayanan hapisane modeli hem bilgi edinme hem de terbiye/ıslah etme amacı taşımaktadır (Foucault, 2000:290-295). Bentham'ın hapisane modeli olarak tasarısını Foucault tüm yönetim kurumları için geçerli olacak şekilde genişletmiş ve modernite ile ilişkisi bağlamında değerlendirmiştir. Bentham için ideal toplum yolunda ütopya olan model, Foucault için gerçeğin şekillenmesi olmuştur. Foucault'un değerlendirmeleri ile "panopticon" gözetimin özgürlükler üzerinde denetim kurmada etkili olabilmesi için gerekli temel niteliklerine de açıklık getirmiştir.

Foucault'nun, Bentham'ın panopticon'unda gözetimin öznesi üzerine yaptığı sorgulamalar ilgi çekicidir. "Bentham kuleye kimi koymaktadır?" sorusunun cevabı bu noktada belirleyicidir. Bu soru bağlamında Foucault, gözetim yapan kişinin "yapı"sından çok "yeri"nin önemini vurgulamakta ve Bentham'ın yaklaşımını gözetim öznesine güvensizliğinden dolayı gözetim öznelerini mutlak bir noktada toplamaktan kaçınarak ve gözetimi yayarak belirsizleştirme amacıyla olduğu şeklinde yorumlamaktadır. "Pa-

nopticte, herkes bulunduğu yere göre diğerlerinin tümü ya da bazıları tarafından gözetlenir; bütünlüklü ve kesintisiz bir güvensizlik aygıtıyla karşı karşıya kalınır, çünkü mutlak nokta yoktur" (Foucault, 2003: 98).

Bentham döneminin toplumsal sorunlar açısından siyasi nitelikte bir çözüm olarak Panopticonu ortaya koyarken, aynı kavramsallaştırmadan yola çıkan Foucault'un anlatımında panapticon, karşı ütopya işaretleri vermektedir. Karşı-ütopyanın en önemli örneklerinden Orwell'in öngörülerini ise ortaya çıkmakta olan totaliter nitelikli siyasi yönetim eğilimlerine karşı bir uyarıdır.

Orwell "1984" adlı kitabında Bentham'ın 'panopticon'una benzer özellikler gösteren bir toplum tasvir edilmiştir. 1984'te toplum üzerinde kontrol kurulan gözetim artık elektronik aygıtlara dayanmaktadır. "Büyük Ağabey/Birader" şeklinde toplum tarafından benimsenen iktidar sürekli olarak kamusal ve özel alanlarda insanları denetlemekte, kişilerin suç işlemesine gerek olmadan davranışlarında veya alışkanlıklarında küçük değişimler olduğunda bile cezalandırmaktadır. Her yerde posterleri asılı olan "büyük birader" fotoğrafı nereye gidilirse gidilsin her açıdan insanları izliyor hissi vermekte ve altında "büyük biraderin gözü sende" yazmaktadır. Hem kamusal alanlarda hem de özel alanlarda olan tele-ekranlar bir fısıltıdan biraz daha güçlü olan bir sesi kaydedebilmekte ve görüş açısı içinde bulunduğu sürece her hareketi izleyebilmektedir. Ancak bu izlemenin ne zaman olacağını insanlar bilememekte ve her an gözetleniyormuş gibi hareket etmektedirler (Orwell,1983: 5-25).

Bentham'ın "panapticon"undan yola çıkan Foucault ile Orwell'in "distopya"larında ortak özellikizlemenin niteliklerine açıklık getirmiş olmalarıdır. Her iki distopyada da izlemelerin sürekliliği, zamanının ve mekânının belirsizliği kontrol sağlamada temel argümanlarıdır. Modern dönemde gözetimi analiz eden ve özgürlüklere tehdit bağlamında değerlendirmede bulunan distopya'lardan hareket eden Gary T. Marx'ın (2002) analizleri post-modern dönemde farklılaşan yeni gözetim olgusuna açılımlar sağlamaktadır.

Marx, yeni gözetimin doğasının niteliksel olarak değiştiğini, gözetimin gündelikleştiğini, genişlediğini ve derinleştiğini ifade etmektedir. Marx yeni gözetimi, geleneksel gözetimden farklı kılan özelliklerini sıralamak suretiyle açıklamaktadır. "Yeni gözetim", "geleneksel gözetim"den farklı olarak, teknolojileri önceden belirlenmiş bir şüpheliye, daha genel olarak da toplumun tümüne etki etmekte ve coğrafi alana, belli zaman

dilimlerine, ağlara, sistemlere ve insan kategorilerine uygulanabilmektedir. Yeni gözetim ile farklılaşan bir diğer nokta izlenen ile bu eylemi gerçekleştiren kişi arasındaki belirgin ayırımdaki değişimdir. Görevlilerin kapalı kapılar ardından dinlediği, dürbünle gözetlediği, telgrafın müdahale aracı olarak kullanıldığı geleneksel gözetimde bu ayırım oldukça mantıklıdır ve izleyeni izlenenden ayırmak da oldukça kolaydır. Ancak, yakın gözlem terimi çağdaş uygulamaları karşılama noktasında başarısızdır ve gözetim artık yakınlıkla sınırlandırılmamaktadır. Uydu görüntülemesi ya da uzaktan ve kendinden izleme sistemlerinin uygulanabilir olması nedeniyle gözetim tarafları birbirinden bağımsız olmuştur (Marx, 2002: 10). Bunlara ek olarak yeni gözetim yöntemi, daha az görünür olmasına bağlı olarak daha incelikli ve daha az zorlayıcı özellikleri ile geleneksel gözetimden ayrılmaktadır. Yeni gözetimde teknolojik gelişmelerin imkân vermesi gözetim kapasitesinin artmasına, gözetimin yoğunlaşması ve yaygınlaşmasına imkân vermektedir. Yeni gözetim çoğu kez suçu ve toplumsal düzensizliği önleme amaçlı olup, teknolojik imkânlar doğrultusunda uzaklık, karanlık ve fiziksel engelleri ve zamanı aşabilmektedir. Bulunduğu her yerde sürekli izleme, geçmiş, bugün ve geleceğe yönelik zaman aralığında kayıt ve saklama yapabilmektedir (Marx, 2002: 28-29). Yeni gözetimin diğer bir temel özelliği ise gündelik yaşamın rutinleri içinde gömülü olmasıdır. Post-modern vatandaşlar dinlenme alanlarında, okullarda, arabalarında, otoparklarda ve petrol istasyonlarında, futbol statlarında, ana ulaşım terminalleri gibi mekânlarda hareketlerinin sürekli izlenmesine kısa zamanda alışmaya başlamışlardır (Innes, 2003: 114).

Marx'ın özelliklerini sıraladığı post-modern dönemde gözetimin araçlarından biri de CCTV/MOBESE sistemleridir. Bu sistemler kolluk kuvvetlerinin güvenliği ve kamu düzenini sağlamak noktasında yararlandıkları sistemlerdir. Ancak Foucault, Orwel ve Marx'ın işaret ettiği özellikleri taşıyan bu izleme sistemleri, özgürlükleri ve özel yaşamın gizliliği gibi insan haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır.

1.2. Güvenliğin Sağlanmasında MOBESE'nin Yeri

Devlet'in güvenliği ve kamu düzenini sağlama gerekçesiyle kullandığı çok çeşitli araçlardan biri kamusal alanlarda kurulan kamera sistemleridir. Bu sistemler dünyada Close Circuit Television (CCTV), ülkemizde ise Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE) veya Kent Güvenlik ve Yönetim Sistemi (KGYS) olarak adlandırılmaktadır.

MOBESE, kolluk kuvvetlerine suçla mücadele politikalarında katkı sağlamaktadır. Bu katkı suç sonrasında suç olaylarının aydınlatılması ve suçluların tespitinde, suç anında faillerin hareket halinde yakalanmasında kolluk kuvvetlerine etkin ve hızlı davranma kabiliyeti kazandırmaktadır (Pawson and Tilley, 1994: 301). Kamera ile izlemenin, suç öncesinde sağladığı katkılar ise, potansiyel suçlular için caydırıcı olması, potansiyel kurbanlar açısından potansiyel tehlikelere karşı farkındalık yaratması ve güvenlik görevlilerinin de daha doğru davranma yönünde teşviki şeklinde gerçekleşmektedir (Müller and Boos, 2002: 2). Ancak, suçla mücadelede doğrudan kameralarla izlemenin etkisinin net olarak ölçülmesi zordur. Çünkü, kamera sistemleri kolluk kuvvetlerinin suçla mücadelede kullandığı çoklu çözüm stratejilerinden biridir. Bu nedenle suç oranlarındaki azalmanın sebebi kameralar dışında diğer güvenlik politikaları da olabilir (bakınız: Gill and Spriggs, 2005: Waples, Gill and Fisher, 2009). Hal böyle de olsa, kamera ile izleme yönteminin, kendini gizlemek isteyenlerin suç işleme eğiliminde azalmaya vesile olacağı söylenebilir. Diğer yandan kamera ile izlemenin suçlar üzerinde caydırıcı etkisinin olduğu konusunda, en azından, toplumda bir kanaat oluşması da söz konusudur. Bu gibi sebeplerle kameraların zamanımızda gittikçe artan oranda, suçla mücadele aracı olarak kullanılmaya başlandığı gözlenmektedir.

Suçla mücadelede kamera sistemlerinin gelişimine baktığımızda, ülkemizde ilk defa 10 Nisan 2001 tarihinde Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı Bilgi İşlem Şube Müdürlüğü tarafından Diyarbakır İli Emniyet Müdürlüğü'nde Diyarbakır Araç Takip ve Suç Analizi Uygulaması olarak hayata geçirildikleri görülmektedir. Projenin en kapsamlı hali ise ilk olarak 2005 yılında İstanbul'da uygulanmıştır (Çoban, 2009: 22). 2013 yılı sonu itibarıyla 81 il merkezi ile 134 ilçede MOBESE kurulum faaliyetleri tamamlanarak hizmete sunulmuştur (EGM, 2014: 15).

Dünyada CCTV'nin gelişim süreci ise çok daha önceki tarihlere gitmektedir. 1960'lı yıllarda geçici kamera sistemleri kamusal alanlarda kullanılmaya başlanmışken, 1980'li yılların ardından kamusal alanlarda mitinglerde kalabalıkları izlemek üzere izleme sistemleri kalıcı hale gelmiştir. Amerika'da 1970'li yıllarda turist sayısındaki düşüşler üzerine izleme sistemlerinin kurulumu gerçekleşmiş, 1980'lerden itibaren ise suç önleme politikalarında sistematik hale getirilerek yaygınlaşmıştır. 11 Eylül terör saldırılarının ardından ülkede güvenliği sağlama gereçesi ile

kamera kullanımında belirgin bir artış gözlenmektedir (Yeşil, 2009: 33, 40). Avrupa'da ülkeler bazında farklılıklar olmakla birlikte, CCTV gündelik yaşamın her alanına girmekte ve sıradanlaşmaktadır. Özellikle 1990'lardan sonra ani ve aşırı artış sebebiyle Birleşik Krallık, CCTV kullanımında adeta bir sembol haline gelmiştir. Gündelik yaşamın her alanına öylesine girmiştir ki, yapılan çalışmalarda günlük rutini içinde sokağa çıkan bir kişinin 30 ayrı CCTV sistemine ve 300'den fazla kameraya yakalandığı belirtilmektedir (Norris and Armstrong, 1999: 42).

Küresel düzlemde kamusal alanlarda kamera sistemlerinin hızlı gelişimi çeşitli tartışmaları da gündeme getirmiştir. Yapılan araştırmalar kameraların kişilerin sosyo-psikolojik durumları üzerinde olumlu etkilerde bulunduğunu; özellikle suç korkusunu azalttığını göstermektedir. Buna rağmen, dünyada kamera kullanımı güvenlik-özgürlük gerilimi ve özel hayat hakkının korunması ekseninde yoğun tartışmalara yol açmıştır. Bu kapsamda 1990'lardan itibaren izleme sistemlerinin hesap verilebilirliği, şeffaflığı, topluma hizmet etmesi, kişisel hakları ihlâlâ yönelmemesi, yönetim sürecinde bütünlük ve stratejik yaklaşımların benimsenmesi gibi hususlarda yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Ülkemizde ise kamera sistemlerinin toplum nezdinde kabul gördüğü gözlemlenmektedir. Ancak, toplum, medya veya idareciler tarafından özgürlüklere, bilhassa özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına, hak ettiklerinden daha az itibar gösterilmektedir.

2. MOBESE ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) İçtihatları

İnsan hakları, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1948), tüm insanların doğuştan sahip olduğu ve siyasi iktidara ve diğer güçlere karşı insan onuruna yakışan bir hayat sürmesi ve özgür olabilmesi amacıyla tüm insanların korunma güvencesidir. İnsan haklarının temel gayesi, insanların tek başlarına gideremedikleri ihtiyaçlarını gidermesi ve hizmet sunması beklenen devletin, bu fonksiyonunu gereğince icra etmek üzere donatıldığı güç ve yetkilerin yerinde ve yalnızca gerektiği kadar kullanılmasını sağlamak olup, insanların devletin bu güç ve yetkisi karşısında belirli güvenceye kavuşturulmaları arayışına ve anlayışına hizmet etmektedir. Devletlerin evrensel olan insan haklarını iç hukuklarına yansıtması ve kendi gücünü insan haklarıyla dengelemek ölçü-

sünde sınırlandırması neticesinde anlam ve işlerlik kazanmaktadır. Avrupa düzeyinden devletlerin insan hakları ihlallerini sınırlamak ve cezalandırmak üzere kurulmuş olan AİHM, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS'ye) işlerlik kazandırılmasında önemli bir mekanizmadır.

AİHS'nin, devletin teminat altına aldığı hakları ve devlet müdahalesinin kabul edilebilir olabileceği halleri belirten 8. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

- 1) *Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*
- 2) *Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.*

AİHM, dava konusu bir şikâyeti değerlendirirken ilk aşamada hakkının ihlal edildiğini iddia eden tarafın bu iddiasına dayanak oluşturan olayın, maddenin ilk fıkrasında belirtilen haklardan birinin kapsamına girip girmediğini tespit etmektedir. İkinci aşamada ise madde kapsamına giren konuda herhangi bir devlet müdahalesi olup olmadığına ilişkin bir şikâyet içeriği incelemesi yapılmaktadır. Müdahalenin varlığı halinde meşru olup olmadığı hususundaki inceleme ise sonraki aşamayı teşkil etmektedir. AİHM, müdahalenin meşruluğunu araştırırken de güdülen amacın meşru olup olmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirleme yöntemini izlemektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 331).

Konumuz açısından maddenin ilk fıkrasındaki haklar incelendiğinde, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı izlemeler açısından tartışma yaratmaktadır. Kamera ile izlemenin kamusal alanlarda gerçekleşmesi, izlemenin özel hayatın kapsamının dışında kaldığı yönünde yorumlara sebep olmaktadır. İzlemelerin özel hayatın kapsamına girip girmediğini sorgulamadan önce, bu konudaki mahkeme kararlarından bazılarını gözetmekte fayda bulunmaktadır:

Alman Anayasa mahkemesinin kararlarında işaret ettiği "obje formülü" izlemelerde savunma mekanizmasının arkasında yatan insan onurunu zedeleyici yaklaşımı gözler önüne sermektedir. Çoğu zaman insan

onurunu ihlal eden eylemlerde temel ölçüt olarak kullanılan "obje formülü", kamusal organların eylemlerinde insanın basit bir obje veya araca indirgenmesini ifade etmektedir (Gümüş, 2010: 41). Kamusal alanlarda gerçekleşmesi gibi bir sebebe sığınmak da, bireysel özerkliğin hiçe sayıldığı, farklılıkların göz ardı edilerek bireyin kamusal figüre indirgendiği bir anlam ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu tarz bir yaklaşım "obje formülü"nden edindiğimiz çıkarımlarla, başlı başına insan onurunu ihlal etmektedir.

AİHM içtihatlarına bakıldığında özel hayatın sınırlarının net çizilemediği görülmektedir. Mahkeme, maddede belirtilen kavramların içeriklerini net olarak çizmemiş ve bir ölçüde anlam yüklemekle birlikte her davaya özgü bir süreç izleyerek kavramların içeriğini belirlemede esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Bu nedenle izlemelerin "özel hayat" içeriğine kesinlikle girmediği şeklinde net bir tutum takınmanın yanıltıcı olacağı açıktır. Kaldı ki kamusal alanda elde edilen ama üzerinden uzun zaman geçen şahsî bir verinin bile AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmesi üzerinde durulmaktadır (Tezcan, Erdem ve Sancaktar, 2002: 282).

"Özel hayat" kavramı ilk olarak "mahremiyet" sözcüğünü çağrıştırmaktadır. Oysaki özel hayat kavramı kişilerin sır alanını ifade eden mahremiyet kavramını da kapsayan ve onu aşan içeriktedir (Salihpaşaoğlu, 2013: 3). Özel hayat, kişilerin yakınları denilebilecek kişilerle paylaşımlarını içeren hayat olduğu gibi (İmre, 1974: 149), bir ya da birkaç kişiyle sınırlanmış bir "sır" paylaşımı niteliğindeki gizli alanı da içermektedir. Bu anlamda aile hayatı da, doğal olarak özel hayat kapsamına girer. Nitekim 1982 Anayasası, kişilerin özel hayatına ve ailevi yaşantısına saygı gösterilmesini isteme hakkı üzerinde durmaktadır. Bununla birlikte, özel hayatın kişilerin sadece belirli kişilerle paylaştığı ve diğer herkesten gizli tuttuğu sır alanını aştığı yorumunu 16/12/1992 tarihli 13710/88 sayılı Niemeitz v. Germany kararıyla (p. 29) onaylayan AİHM şu ifadelerle özel hayat kavramının kapsamını genişletmiştir. "...[özel hayat] kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir "iç alan"la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir."

Bu ifadeler ile AİHM'nin özel hayatın diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da kapsadığını kabul etmesi, kamusal alan-

larda kamera kullanımının da konunun içeriğine göre bünyesinde özel hayat hakkının ihlali niteliği taşıyan olayların olma ihtimalini barındırdığı yorumu yapılabilir. Nitekim kamera kullanımına ilişkin olarak bu konudaki örneği, 2003 yılında AİHM tarafından verilen 23/01/2003 tarihli ve 44647/98 sayılı Peck v. Birleşik Krallık kararı sunmaktadır.

Hayatında önemli sorunları olan ve depresyonda olan Peck, CCTV kameralarından habersiz, Brentwood caddesinden elinde bıçak ile yürümüş ve intihar etmek istemiştir. Elinde bıçak ile görüntülenen Peck ilerleyen günlerde birçok gazete haberi ve televizyon programında yer almıştır. “CCTV ve polis ortaklığı ile potansiyel tehlikeli bir durum etkisiz hale getirildi” şeklinde haberlerle yüzünün gizlenmeden gösterilmesi üzerine, onu tanıyanlar tarafından bu haberleri öğrenen Peck, bu dönemde hala psikolojik tedavi görmesi sebebiyle herhangi bir hukuksal yola başvurmamıştır. Kamera sisteminin başarısının kamuoyuna duyurulması amacıyla suçlu şeklinde lanse edilen Peck, tedavi sonrası Yayın Standartları Komisyonunu, Bağımsız Televizyon Komisyonunu ve gazete yazıları için de Basın Şikâyet Komisyonuna şikâyette bulunmuştur. İç hukuk yollarını tüketen Peck, AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme Peck'in kamusal alanda kayıt altına alındığını ancak onun orada bulunmasının herhangi bir kamusal olaya katılma amaçlı olmadığı ya da kamusal bir figür oluşturmadığı sonucuna varmıştır. İlgili anların güvenlik gözetimi için gereken belli bir pozlama süresini aşan ölçüde olduğu görülmüş ve kişinin madde 8. deki haklarına ciddi bir müdahale olduğu sonucuna varılmıştır (Gallagher, 2003: 274-276, 284-287).

AİHM'nin söz konusu kararından yola çıkarak, kamera ile gözetlemenin kamusal alanlarda söz konusu olmasının, sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen "özel hayat" kapsamına girebilmesine engel olmadığını söyleyebiliriz. Konunun 8. madde kapsamına girebilmesi izlemenin niteliğine bağlıdır. AİHM kararından çıkarılan sonuca göre, izlemeler kamusal alanlarda yapılırsa da, kişilerin özerk alanlarının sınırlarını aşma ölçüsünde, "özel hayata saygı gösterilmesi hakkı" konusu kapsamında değerlendirilebilmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1. Dairesinin bir kişisel başvuruyu incelediği ve konumuzla ilgili çok önemli olan bir kararında değindiği gibi (p. 39), kişilerin özel hayatlarının korunmasını isteme hakları yalnız kendi özel hayat alanlarında değil, yerine göre kamusal alanda

ve başkaları ile ilişkilerinde de söz konusu olmaktadır (Bundesverfassungsgericht, 2007).

Mahkeme bir anlaşmazlığın 8. madde ilk fıkrada belirtilen konu kapsamına girdiği kararını verdikten sonra ikinci aşamada şikâyetin içeriğini incelemektedir. Öncelikle şikâyet edilen müdahalenin "kanunlara uygunluğu" şartını sağlaması için, yasal bir dayanağı olmalıdır. Olayın kendine özgü şartlarına göre 1. fıkra kapsamına girebilecek bir izleme, yasal dayanağı olmadığı takdirde AİHM tarafından ihlâl olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Ancak, kanuna uygunluk şartının sağlanması için şikâyete konu olan müdahalenin yasal bir dayanağın olması yeterli değildir. Aynı zamanda, ilgili yasanın bireylerin haklarını korumaya hizmet edecek şekilde kamu otoritelerinin takdir yetkisini sınırlandırmaya ve keyfi uygulamaların önüne geçmeye yönelik ayrıntılı, kesin ve açık ifadeler içermesi gerekmektedir.

Nitekim 26/06/2006 tarihli ve 54934/00 sayılı Weber and Saravia v. Germany AİHM kararında (p. 93) yürütmenin gizli izleme yapması durumunda sahip olduğu gücü keyfi kullanma olasılığının kuvvetli olmasından dolayı bu riski ortadan kaldırmak için vatandaşlara yeterli fikir verecek nitelikte, anlaşılır ve açık iç hukuk düzenlemesi gerekliliğinin önemini ortaya koymaktadır. Benzer şekilde devletin geniş takdir yetkisine karşı gücün kötüye kullanımını engellemeye yönelik yeterli iç hukuk korumasının yokluğunu tespit ederek 8. maddenin ihlal edildiğine hükmeden AİHM Liberty and Others v. United Kingdom kararında (p. 69) elde edilen verilerin paylaşımı, depolanması ve imha edilmesinde uyulması gereken prosedürlerin halk tarafından erişilebilir olması gerekliliği vurgulanmıştır. Buna ek olarak mahkeme 30/01/2008 tarihli ve 62540/00 sayılı Case of the Association for European Integration and Human Rights And Ekimdzhev v. Bulgaria (p.71) kararında hukuka uygun bir uygulamadan bahsedebilmek için yasal düzenlemenin erişilebilir, sonuçları açısından öngörülebilir ve hukukun üstünlüğüyle uyumlu olması gibi belirli nitelikleri taşıması gerektiği vurgulanmıştır.

Belirtilen nitelikte yasal düzenlemenin olması durumunda AİHM söz konusu müdahalenin ulusal güvenlik, toplum düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru bir amaç yönünde incelemektedir. Bu konuda ispat yükü olan devletlerin meşru amacının olduğu konusunda ileri sürdükleri sebepler genellikle mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Son olarak mahkeme söz konusu müdahalenin birey haklarının kulla-

nılması ile kamu yararının dengelenmesini ifade eden orantılılık prensibi doğrultusunda demokratik bir toplumda gerekliliğine ilişkin inceleme yapmaktadır (Kilkelly, 2001: 39-53).

2.1. AİHS "Özel Hayata Saygı Hakkı" Kapsamında MOBESE'nin Yeri

AİHS'yi değerlendirip, MOBESE üzerinden bir değerlendirme yapmamız gerekirse iki noktanın öne çıktığı görülmektedir. İlk olarak AİHS'nin 8/1. maddesinde belirtilen "özel hayata saygı hakkı" kapsamına izlemeler girmektedir. Bu noktada MOBESE kameraları ile yapılacak izleme, kamusal alanda gerçekleşse dahi bireylerin özel yaşam hakkını ihlâl edebilme potansiyeli taşımaktadır. Diğer yandan maddenin 2. fıkrasında belirtilen hakka yönelik müdahalenin yasalara dayanması hususu (Gaul, 2007: 183) MOBESE kameralarının ülkemizdeki kullanımı noktasında oldukça önemlidir. Hâlbuki ülkemizde sisteme ve kullanımına ilişkin "özgün", tam tekmil herhangi bir düzenleme hâlâ bulunmamaktadır.

Kamera ile izleme en ince ayrıntılarına kadar ayrı bir kanun ya da kanun hükümleri konusu olmasını gerektirmektedir. Ayrıca, kanunun, kamera ile gözetimlerin gerekli olduğu halleri açıkça belirlemesi (Gaul, 2007: 183) de aynı derecede, elzemdir. İzlenen yerlerin kamusal alanlar olması, kanunun gereksizliği gibi bir iddiayı haklı çıkaramaz. Çünkü, özel hayatın bir kısmı kamusal alanda gerçekleşebilmektedir (Eryılmaz, 2012: 538). "Özel hayatın korunmadığı bir yerde liberal - demokratik bir devlet - toplum yapısından bahsedilemeyeceği açıktır." (Günaydın, 2014: 221). Kamusal alanda da olsa kişilerin gizli veya özel hayat alanı olabileceğine dikkat çekenler, kamusal alanda bir kız arkadaşına sarılan kimsenin kendi görüntüsünün alınmasından tedirgin olabileceği gibi örneklerle duruma somutluk kazandırmaktadırlar. Bu sebeple de, yazarlar haklı olarak, konunun kanunla mutlaka düzenlenmesi gerektiğine işaret etmektedirler (örneğin: Karakehya, 2009: 345).

Hukukumuzda, MOBESE ya da diğer yöntemlerle izlemenin yasal dayanağı olarak ileri sürülebilecek olan 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun, ilde valiye verdiği (m. 11/A), ve ilçede kaymakama tanıdığı (m.32/B) suç işlenmesini önlemek için her türlü tedbiri alma yetkisinin ihtiyacı karşılayan yasal dayanak olduğu iddia edilemez. Bunun birkaç sebebi üzerinde durulabilir:

Birincisi, bu hükümler kamera ile izlemeyi sürekli bir kamu hizmeti addetmek için yeterli, açık ve özgün hükümler değildir. Mülkî makamla-

rın kamu düzenini sağlama, koruma ve kollamaya ilişkin bu yetkileri, süreklilik arz eden bir durum oluşturmaz, kamu düzenin gerekli kıldığı hallerde “o an için kullanılan yetki” mahiyetini taşır. Bu yetki sonuçta kanuna dayanır, tehlikenin varlığı halinde müdahaleyi haklı kılacak ölçüde kullanılır, kısa süreli bir zaman zarfını kapsar ve ihtiyacı ortadan kaldıracak yeni durumlar oluşursa bu yetkinin kullanılmasına son verilir. (Scholler-Broß, 1975: 78, 79; Kugelmann, 2012: 67, 68; Stephan et. al., 2009: 97, 98) . Mülkî makamlara tanınan bu kolluk tedbirleri, kendi başına, tüm kolluk tedbirleri gibi, geçicilik, zorunluluk ve ölçülülük ilkelerine uygun hareket etmeyi gerektirir (Derdiman, 2007: 13-15). Temel haklara müdahalenin zorunluluk halinde ve ölçülü olması gibi kıstaslar kanun hükmünü bu şekilde dar yorumlamayı gerektirmektedir.

İkincisi, idarenin kendisince ya da yakın denetim ve gözetimi altında özel teşebbüsçe yürütülen ve içeriği, kendine özgün yapısı, devamlılığı ve toplumsal ihtiyaçların karşılaması ve Anayasamızın 123. maddesi gereğince kanunla konulması gibi özellikleri bünyesinde bulunduran her hizmet ve/veya faaliyet bir özgün bir kamu hizmeti addedilmelidir. Kamera ile teknik izleme sonunda elde edilecek kişisel verilerin ne olacağı gibi hususlar da bu faaliyetleri kanunla düzenlenmesi gereken faaliyet olarak vasıflandırmayı zorunlu kılmaktadır. Eşdeyişle, MOBESE kameraları gibi teknik cihazlarla tâkibin amacı, sebebi, konusu, takip yetkisi ve takipte verilerin elde edilme ve arşivlenme ya da kullanılma usûlü ve bunların nasıl imha edilmeleri gerektiği hususları başlı başına bir kanunu gerekli kılmaktadır (Bursa 3. Sulh Ceza Mahkemesi 05.10.2012 tarihli ve değişik işler 2012/431 sayılı karara esas başvuru dilekçesi, 2012: 1).

Burada önemli olan görünüşte kanuna uyarlık değildir. Bilhassa temel hak ve hürriyetlere müdahalenin bahis konusu olduğu hallerde kanun hükümlerinin ruhunun da amaca hizmet edecek nitelikte olması gerekmektedir. İşte 5442 sayılı kanunun yukarıdaki hükümleri, belli bir faaliyetler bütünü olarak kendine özgü kamu hizmeti görülebilecek olan kamera ile izlemenin, tüm yönleri ile ayrı bir kanun konusu olmasını gerektirmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi yukarıda anılan kararında (Bundesverfassungsgericht, 2007) video kamera ile gözetim faaliyetlerinin “kanunla düzenlenmesini”, kişisel veriler üzerindeki kişilik hakkında daha üstün kamu yararı gerekçesiyle sınır getirebilmek (p. 41), açıklık, belirlilik, so-

mutluk ve özel hayatın gizliliğinin sınırının açığa kavuşturulması bakımından da yararlı ve zorunlu bulmuştur (p. 46).

MOBESE ile teknik tâkip yönteminin hukukumuzda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 51/2. maddesinde yer alan, “hız ölçen teknik cihazları” kapsayacağı iddiası da yeterince haklı sayılamaz. Zira, madde teknik cihazdan bahsetmekte ama "elektronik cihazlardan" bahsetmemektedir. 2918 sayılı kanunun çıkarıldığı zaman itibarıyla elektronik takip denilen bir yöntem söz konusu olmadığı ve ekseriyetle radar gibi teknik cihazlarla takip amaçlandığı için, kanun koyucunun elektronik takibi de kapsama almayı amaçladığı düşüncesi dayanağı olmayan bir iddia olarak kalacağı için, elektronik takibin usûl ve yöntemlerinin kanuna ayrıca alınması yerinde olacaktır. Çünkü kanun koyucunun bu maddedeki amacı muhtemelen karayolunda radar kontrolü gibi yöntemleri düzenlemektir (Bursa 3. sulh Ceza Mahkemesi, 2012: 1).

Türk hukukunda 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun ek 7. maddesi kolluğa kamera ile takibi, istihbarat toplama yetkisi içinde vermektedir. Bu yetki aynı şekilde jandarmaya da tanınmıştır. Ama bu yetkilere ilişkin hükümler de adı üzerinde kamusal alanlarda, bir suç soruşturması olmadan, önceden açıkça ilan edilmek kaydıyla video çekim ya da gözetimleri kapsamaz. Bu durum, örneğin anılan 7/6. maddeki “istihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir” hükmünden de anlaşılmaktadır ki; bu şekildeki yetki, kamusal alanda da olsa, sadece 2559 sayılı kanunda konu ile ilgili olarak değinilen suçları önlemek maksadı taşır ve bu maksatla sınırlı olarak istihbarat bilgileri toplamayı kapsar. Dolayısıyla gizliliği de içerebilen bu durum için hâkim kararı gerekir. Bizim konumuz ise kamusal alandaki, istihbarat yetkisi kapsamında olmayan gözetlemelerdir.

"Kişisel Verilerin Korunması Kanun Taslağı" (TC. Başbakanlık, 2008) 2008'den bu yana yasalaşmayı beklemektedir. Gerçek şudur ki, izleme sistemlerine ilişkin projeler, hiç bir bağlayıcılığı olmayan İçişleri Bakanlığı TİP Şartnamesinde belirlenmiş olan kurulum ve işletme esaslarına göre yönetilmektedir. Bu nedenle madde kapsamında yapılabilecek müdahalelerin meşru gerekçeleri bulunsa dahi yasal dayanağı olmadığı gerekçesiyle hakkın ihlali olarak nitelendirilebilecektir.

AİHS 8. madde kapsamında konumuzla bağlantılı olarak değerlendirilebilecek bir diğer husus özel kişi veya kurumlarca güvenlik gerekçesi

ile kurulan kameralardır. Sadece devlet eliyle kamusal alanlarda değil, aynı zamanda alışveriş merkezleri, kafeler, iş yerleri, apartman girişleri, güvenli siteler gibi günlük yaşamın rutininde bulunabileceğimiz birçok yerde kameralar irademizin dışında kayıt halindedir. Bu kameraların kurulumu sırasında ise kamu kurum ve kuruluşlarından izin alma gibi bir prosedür izlenmemektedir. Bu hukuki boşluğun, özel yaşam hakkını ve özgürlüklerini tehdit eden bir keyfiliğe sebep olması ihtimalden uzak değildir. Göz ardı edilen bu konunun da yukarıda söylenen hususlar için dile getirildiği gibi, kanunla düzenlenmesi ve denetimlerinin yapılması gerekmektedir. Bu konuda AİHM benimsediği yaklaşım da bu yöndedir. 5.10.2010 tarihli ve 420/07 sayılı Karin Köpke v. Germany kararı ile 8. maddenin ihlal edilmediği hükme bağlanmakla birlikte, kararda izlemeler konusunda kamu kurumlarıyla sınırlı bir güvence alanının çerçevesi genişletilmiş, önemli bir husus olarak, devletin özel kişilerce yapılacak izlemlerde de pozitif yükümlülüğünün olduğu vurgulanmıştır. İlgili karara esas teşkil eden olayda bir işveren tarafından, hırsızlık şüphesiyle, önceden tebliğ edilmeksizin gizli kamera ile takriben iki haftalık süre ile izleme yapılan kasiyer personelin izleme neticesinde suçunun tespiti ile işten atılması söz konusu olmuştur. İşten atılmanın hukuka aykırı olmadığı şeklindeki karara karşı iç hukuk yollarının tüketilmesi neticesinde dava AİHM'e gitmiştir. Mahkeme tarafından, hak ve hürriyetlerin korunmasında kamera gözetiminin ölçülü olması gerekliliğinin altı çizilmiştir. Bununla birlikte mahkeme gereklilik ölçüsünde gözetime müracaat edilebileceğini ifade etmiştir. Ancak davaya esas teşkil eden olayda tutulan bir dedektif vasıtasıyla gizli izleme yapılması gibi ağır bir tedbirin başka çarenin olmadığı (zorunlu) hallerde tercih edilmesi ve hâkim kararına bağlanmasının gerekliliği gibi daha ayrıntılı bir yorum yapılmamış olması dikkat çekicidir. Manav da (2015: 123), Alman ve İsviçre federal mahkemelerinin verdiği kararlara da değinerek yaptığı değerlendirmede, "somut cezai suç şüphesi bulunması durumunda işverenin güvenlik nedeniyle kamera ile izleme dâhil gerekli tedbirleri alabilmesini işçinin sadakat borcu çerçevesinde" görmek gerektiğine işaret etmektedir. Alman Federal İş Mahkemesinin verdiği (Bundesarbeitsgericht, 2004) bir kararda da işyerinde ağır bir hatanın ve suç şüphesinin gerekli kıldığı hallerde gizli video kamera çekimi ve verilerine başvurulmasının ölçüsüz bir işlem olmayacağına ve hukuka aykırılık taşımayacağına karar vermiştir.

Diğer yandan Valiliklerce yayınlanan genelgeler (örneğin: Aydın Valiliği, 2014) ile kamu ve özel işletmelere kamera taktırma yükümlülüğü de getirilebilmektedir. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu valilere, 9/c maddesinde kanun, tüzük, yönetmelik ve hükûmet emirleri ile düzenlenmeyen bir hususta “genel emirler” çıkarılabilir; 11. maddesinde de, il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kamu düzeninin sağlanması ve önleyici kolluk yetkiler verilmiş ve bunları sağlamak için gereken karar ve tedbirleri alabilme yetkisi vermiştir. Bu hususta, genel emirler şeklinde alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında, İl İdaresi Kanununun 66. maddesi ile Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca yaptırım uygulanmaktadır. Bu yasal hükümlere dayanarak valilik genelgeleri ile belirtilen işletmelere güvenlik kamerası takma yükümlülüğü getirilebilmektedir. Genelgelerde kamera sisteminde ve kameralarda olması gereken asgari nitelikler belirtilmekte ve görüntülerin saklanmasıyla ilişkin olarak idare odaklı düzenlemeler dikkat çekmektedir. Görüntülerin saklanmasıyla ilişkin asgari süreler, sürekli ve kesintisiz kayıt yapabilmesi, arşive kolaylıkla ulaşılabilmesi gibi konulara değinilip, insan haklarına uygun kullanımını gözetilen herhangi bir detaya yer verilmemektedir. Kanuna uygunmuş gibi görünen bu düzenlemeler, gözetimlerle elde edilen şahsî verilerin mahremiyetini ihlal etme konusunda kişisel endişelere sevk edici olduğundan, konunun açık bir kanun hükmü ile düzenlenmesi zaruri bulunmaktadır. Kanunla güvence altına alınmamış bir konuda gözetimi gerektiren bu tür genelge önde kanunsuz bir içerik taşımış olmaktadır ve yasama yetkisinin devredilmezliği prensibine de aykırı hale gelmektedir. Kişilere kamera kurmak gibi bir yükümlülük yüklemek masraf gerektirmekte, söz konusu genelge getirdiği bu ekonomik yük bakımından da çok yerinde bulunmamaktadır. Bu tür genelge ya da genel emirlerin, sorumlu tutulacak muhataflar tarafından bilindiğinin ispatı bakımından usûlünce ilân ya da tebliğleri gerekecektir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların odalarına kamera yerleştirilerek hareketlerinin takip edilmesi ve her an izlenmesi gibi bir uygulama yakın bir tarihte söz konusu olmuştur. Diğer yandan birçok kurum ve kuruluşta elektronik kartlar, parmak izi uygulaması ve kamera sistemleri ile mesai takibi yapılmaktadır. Ancak kamu kurumları veya özel kuruluşlara, çalışanlarını izlenmesi veya denetlenmesi gibi maksatlarla kişisel verileri toplama yetkisi veren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda insan hakları kurullarına yapılan başvurular, kurumların

bu uygulamalarının, temel hak ve özgürlüklerin ve özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline sebep olacağı şeklinde tavsiye kararları ile neticelenmektedir:

Örneğin, İstanbul İl İnsan Hakları Kurulu, bir işyerinde mesaiye gelinip gelinmediği gibi hususları takip etmek amacıyla teknik ve elektronik yöntemlerle takibin ve her halde bu takiplerin sonunda elde edilen verilerin kanun olmaksızın toplanmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (İstanbul İl İnsan Hakları Kurulu, 2009). Bir işyerinde işçilerin e-maillerinin ve internet bağlantılarının gözetimi, 95/46/EC sayılı Yönergenin kuralları kapsamında değerlendirilecektir (Tekergül, 2010: 98). İşyerinde kamera ile ya da diğer elektronik yöntemlerle takip için çalışanların rızaları aranması gerektiği fikri bile ileri sürülmüştür (Tekergül, 2010: 100). Ama iş yeri güvenliği açısından, aşağıda da değinileceği üzere, rıza aranmasından ziyade, işverence önceden bildirim gerekli ve yeterli görülmektedir.

Apartman ve site gibi yerlerde ana gayrimenkulde, daire ya da bağımsız bölüm sahiplerinin karar vermeleri şartıyla, kamera sistemine geçilebilmektedir. Fakat özel hayat kapsamına girecek yerlerin takibine ve buralardan takip sonucu veri elde edilmesine, örneğin bir evde ailevi özgünlük taşıyan yaşantının izlenmesine ve bunları arşivlemeye rıza göstermenin, Anayasamızın temel haklardan vazgeçilemeyeceğine ve feragat edilemeyeceğine ilişkin olan 12/1. maddesine aykırı olacağı değerlendirilebilir. Diğer taraftan, bugün, yukarıda sözü edilen işyerlerinde ve apartmanın ortak kullanım alanları gibi herkese açık olan kapalı alanlarda ve örneğin özel hastanelerde yapıldığı gibi, kamusal alanda bile olsa, avuç içi resmi ya da parmak ya da vücut ölçüsü almak gibi hususlarda, haklı ve zorunlu bir sebebe bağlı olmak şartıyla, ayrı bir kanun hükmünün gerekliliği kaçınılmazdır. Bu arada, kamera ile kamusal alanların tâkip edildiği iş yerlerinde bile çalışanların özel hayat alanı kapsamına giren kendi giysi değiştirme, duş alma kabinleri gibi yerlerin çekim ve izleme alanı haricinde tutulması zaruri olduğu gibi, bu gibi yerler dışında kalan alanların kamera ile tâkibi için o iş yerinde kamera olduğu ilanlarının, görünen yerlere asılması gerekmektedir (Derdiman, 2010: 58, 59). Bu şekilde dokunulmayacak nihâi özel hayat alanının, özel hayat hakkının özünü oluşturduğu dile getirilmiştir (Gaul, 2007: 250, 251). Bu gibi yerlerde çekim ya da gözetimin, başka çare olmaması kaydıyla, adlî bir soruşturmanın gerektireceği ya da suçları önlemenin zaruri olduğu hallerde ve zorunluluk ölçü-

süne uygun zaman zarfında yapılacak şekilde en aza indirilmesi şart olmalıdır. Esas olarak İşyerlerinde veya diğer yerlerde kamu düzenini sağlamak, çalışanlarla irtibat kurmak (Köln Eyalet İş Mahkemesi, 2004: 225-226) gibi meşru amaçlara ulaşılması için gerekli olması halinde elektronik ve teknik yöntemlerle başvurulması yoluna gidilmeli, tâkip ve tâkip ile ilgili veriler öngörülen amaçla sınırlı kalmalı ve ayrı bir kanunla düzenlenmemiş hallerde şahsî verilerin derhal imha edilmeleri gibi hususlara riayet edilmelidir. Kural olarak gizli gözetim yapılamaz. AİHM, 25.06.1997 tarih ve 73/1996/692/884 sayılı Halford v. UK kararında (p. 51) (akt. Tekergül, 2010: 103-105) işyerinde işyerinin telefonları ile yapılan görüşmelerin işveren tarafından önceden bilgi vermeksizin gizlice dinlenilmesi AİHS'nin 8/1. maddesini ihlal sebebi olarak görülmüştür.

Alman Anayasa Mahkemesi kararında (Bundesverfassungsgericht, 2007) da vurgulandığı gibi, Alman hukukunda, kamu düzeninin tehlikeye girmesi sebebiyle tehlike unsurlarının tezelden savuşturulması maksadıyla gerekli olduğu ölçüde ve gerekli olduğu zaman aralığında video kamera çekimi ve verilerinin kullanılması kabul edilmektedir. Bu karara göre, video kamera çekimlerinin yapılmasıyla ilgili bilgilerin önceden bilinebilir, ulaşılabilir bir özellik taşıması gerekmektedir (p. 38).

Kamusal alanda genel gözetimin dışına çıkılarak spesifik, kişilere özgü özel takip sayılacak gözetime imkân yoktur (Gaul, 2007: 224, 255, 278; Hoeren, 2010: 19, 20). Yalnız açıkça belli olan ağır infiallere sebebiyet verebilecek tehlikelerin önlenmesini amaçlayan gözetimlerde, kimlik kontrolü maksadıyla kişilere yoğunlaşma mümkün olabilmektedir (Gaul, 2007: 228). Bir kişiyi detaylı incelemeye yönelik bir denetim tarzı, meydana gelmiş bir suçun ceza muhakemesi kapsamındaki yargısal olarak soruşturulması için teknik araçlarla takip usûlü dışında, hukuka aykırı görülmektedir. Kamusal alanda tek bir ya da birkaç kişinin takibinin yapılması söz konusu olmasa da genel gözetimin sebep, yer ve zaman bakımından önceden belirlenmiş olması (Hoeren, 2010: 20) temel hakların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine uygun olduğu gibi, modern bir devletin öncelikle suçları önlemeyi esas alması ilkesine de uygundur. Devlet yönetilenleri öncelikle suç işlemekten alıkoyacak tedbirler alır, buna rağmen suç işlenmişse gereken yargısal süreci başlatır. Suçları önlemekte de, yargısal süreçte de ihtiyaca cevap verecek tedbirlerle yetinmek ölçülülük ilkesine uygundur. Bu nedenle, kişiler üzerinde, görüntülerle bilgi toplamak gibi ağır bir tedbire, diğer yöntemler ihtiyaca cevap

veremeyeceği görüldüğünde veya başka türlü delil toplanamayacağı pek muhtemel olduğunda ya da anlaşıldığında başvurulur. Toplumda terör ve araç kundaklama gibi ağır suçların önüne geçmek için bu tedbire daha fazla sürelerle ya da aralıksız olarak, yine önceden ilan edilmek kaydıyla başvurulabilmektedir.

MOBESE kameralarının “kentsel güvenlik hakkının sağlanması” gibi meşru bir gerekçeyle kurulmuş olması toplum nezdinde de destek görmekle birlikte, şüphesiz bu uygulamanın başka bir hakkı ihlal etmesi tepkilere neden olabilecektir. Henüz Türkiye’de karşı tepkilere yoğun olarak rastlanılmamaktadır. Buna rağmen, ülkemizde bu yöntemle takibe, Bursa Sulh Ceza Mahkemesinin yukarıda değinilen kararına esas olan başvurularda olduğu gibi bir kısım itirazlar dikkat çekmektedir. Lakin Ülkemizde henüz, gerek görüntülerin elde edilmesi, depolanması ve kullanılması, gerek ülke düzeyinde farklı yerel uygulamalar olarak kurulan sistemlerin standardizasyonun sağlanması ve gerekse bu görüntülerin yazılı ve görüntülü basın ve internet gibi diğer araçlarla paylaşımı konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Hâlbuki amacın fişleme gibi maksatlara değil, suç işlenmesini önlemeye yönelik olması, bu yöntemin zorunlu bir çare olması ve izlemelerden elde edilecek verilerin akıbetinin ne olacağı, nasıl, hangi kurumlarla işbirliği yapılarak korunacakları, ne zaman, ne kadar aralıklarla imha edilecekleri (Yenisey, 2009: 222; Güzel, 2005: 282; Derdiman, 2010: 58,59) gibi hususlar kişi hürriyetinin garanti-leridirler.

İdari ve hukuki açıdan önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilecek yukarıda açıklanan bu durum, bireylerin “özel hayat haklarının” korunması konusunda, üzerinde ciddiyetle düşünülmesi ve acilen çalışılması gereken bir alandır.

2.2.1982 Anayasasının Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanırılmasına İlişkin Hükümlerinin İzlemeler Bağlamında Değerlendirilmesi

İzleme sistemlerinin özgürlükleri ve özel hayatı ihlal etmemesi için Türkiye’de genel algı teknolojik imkânlar çerçevesinde bazı önlemler alınması ve izleme personelinin yetkilerinin sınırlandırılması şeklinde iki temel çizgide yoğunlaşmaktadır. İzmir KGYS merkezinde yapılmış olan bir mülâkat (Tataroğlu, 2012) sonuçlarına göre bu konuda teknoloji vasıtasıyla kişilerin özel hayatının korunduğu ifade edilmiştir. Örneğin kamera kurulan alanlarda özel yaşama ait olduğu kabul edilen evler, bankama-

tikler vb. giriyorsa bu alanların karartıldığı ve bu alanlara dair görüntü alınamadığı ifade edilmiştir.

Söz konusu mülakat ile sistemin kullanıcı personelinin yetkilerini kötüye kullanması hususu, izlemelerin özel hayatı ihlâl etmesi yönünde diğer bir kaygı olarak belirtilmiştir. Bu kaygıları gidermek üzere, personelin sürekli izlemesi yerine yazılımlar vasıtasıyla belirli kodlar girilerek, olağanüstü durumlarda sistemin çağrı üretmesi şeklinde bir düzen kurulmuştur. Kullanıcı personelin denetimi, yine tüm kullanıcıların yetkisini tek merkezden aldığı "sing on single" adı verilen teknoloji vasıtasıyla yapılmakta ve kullanıcılar sadece merkezden aldıkları bu yetkiyle sisteme giriş yapabilmektedir. Aynı zamanda sistemi kullanan personelin her hareketi kayıt altına alınarak üst yönetim tarafından denetlenmektedir. Ancak uluslararası konjonktür dikkatle incelendiğinde bu yaklaşımın oldukça yüzeysel olduğunun farkına varılması zaruridir. Çünkü izleme sistemlerinde asıl tehdit, zaten gücü elinde bulunduranlar tarafından bunun kötüye kullanılmasıdır. Burada ki asıl sorun gücün kötüye kullanılması ya da en azından kullanılmasına yönelik halkta doğacak endişedir. 21. Yüzyıldaki yeni kuşak hakların en önemlilerinden birisi de "endişeden kurtulma hakkı" olarak görülmektedir. Sramek davasında, AİHM hiyerarşideki ast-üst ilişkisini incelemiştir. Bu davada olduğu gibi, yargı makamının üyelerinden biri gerek görevleri gerekse hizmet örgütlenmesi açısından taraflardan birinin astı konumunda olduğunda, davacılar bu kişinin bağımsızlığıyla ilgili meşru bir şüphe duyabilir. Bu tür bir durum, mahkemelerin demokratik bir toplumda yansıtması gereken güven duygusunu ciddi bir biçimde zedeler mahiyettedir (Dutertre, 2003: 37,162).

Bu sebeplerle, sadece sistemi kullanan personelin kötüye kullanımlarının önüne geçmeye yönelik oldukça sınırlı düzenlemeler, hassasiyet gösterilmesi gereken "öz"e zaten ulaşamamaktadır. Asıl sorun personelin kötüye kullanımını engellemeye yönelik düzenlemelerin ve etik sınırlar içinde davranması doğrultusunda verilmesi gereken eğitimin yanında, aynı zamanda sisteme ilişkin olarak üst yönetimin yetkilerinin sınırlarının çizilmesi suretiyle kötüye kullanımının önüne geçilmesi gerekmektedir. Bunu gerçekleştirecek en temel yol da, şüphesiz ki gücün toplum ve bireyler lehine dengelenmesine hizmet edecek olan hukuktur.

Yapılan mülakatta dikkat edilmesi gereken bir diğer konu "özel hayat" kavramına ilişkin algıdır. Görüşme sırasında yetkili kişilerin özel yaşam alanını sadece "konut"la sınırlandırdığı görülmektedir. Kameraların

kurulumu sırasında görüş alanına giren konutların talepler doğrultusunda karartıldığını belirterek, özel yaşam hakkına saygı duyduklarına dair inançlarını dile getirmişlerdir. Oysaki AİHM'nin 44647/98 sayılı Peck v. UK kararına baktığımızda olayın kendine özgü niteliğine göre kamusal alanlarda izlemenin de özel yaşam hakkını ihlal etmesi mümkündür. Bu nedenle kişilerin konutlarının kameralarda karartılması, kamusal alanlarda özel yaşam hakkına yönelik müdahale ihtimalini geçersiz kılmamaktadır. Yasal düzenlemelerle birlikte kurumsal-zihinsel algının da dönüşmesi gerekmektedir.

İzlemeler yapısı gereği temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı bir doğaya sahiptir. Kamu düzeninin sağlanması, suçun önlenmesi, güvenliğin sağlanması gibi haklı gerekçelerle yapılacak izlemenin bu amaçlarının dışına çıkarak kişilerin hürriyetlerini gaspa yönelmesi gibi durumların önüne geçilmesi sistemlerin ve toplumların sürdürülebilirliği noktasında önemle üzerinde durulması gereken konudur. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda Anayasamızda ilgili maddeleri incelemek konuyu netleştirmek açısından faydalı görülmektedir.

Anayasanın 12. maddesi "herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir ve temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder" demek suretiyle, doğal hukuk anlayışının izlerini taşıyan haklarla birlikte bireylere, "temel hakları sınırlandırmayla ilgili Anayasal hükme aykırı olmayacak şekilde ve bilincinde olmayı gerektiren" nitelikte sorumluluk yükleyen bir yaklaşım da benimsemiştir (Derdiman, 2013: 158). Anayasa tarafından bireylerin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmakla birlikte bu hakların sınırlandırılmasında koşulan şartlar da yine Anayasada düzenlenmiştir. Belirtilen bu koşulların içeriği, istisnai nitelikte olan sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanımının engellenmesi noktasında önemlidir. Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlandırmanın çerçevesi çizilmiştir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Anayasanın 13. maddesinin 4709 sayılı kanunla değiştirilmesi sonucunda her bir temel hakkın kendi özel maddesinde yazılı sebeplerle sınırlandırılabilceği hükmü Anayasa'da yer almıştır.

Anayasamızın, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; düzenleyen 20. maddesi, bu hakkın sınırlandırılma sebepleri arasında "milli güvenliği, kamu düzenini, genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" sebeplerini saymıştır. Düzenlemenin devamında izlemelerle ilgili kişisel bilgilerin işlenmesi ve korunması konusuyla bağlantılı 5982 sayılı kanunla eklenen fıkra yer almaktadır:

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

İlgili düzenleme ile şeffaflık ilkesi gereği bilgi edinme hakkı kapsamında birey lehine bir yaklaşım benimsenmiştir. İzlemenin kişisel veri niteliğinde olmasına ilişkin farklı yorumlar mevcuttur. Bir yaklaşıma göre izleme kişilerin isim, ırk vb. bilgileri içermediğinden ve alınan görüntülerin kamusal alanda gerçekleşmesinden dolayı izleme ile kayıt altına alınan görüntüleri kişisel veri kapsamı dışında tutmaktadır. Oysaki gelişen teknoloji, yüz tanıma sistemleri gibi sistemlerle elde edilen bir kısım görüntüleri bir araya getirerek yeni görüntüler üretebilmek gibi komplike avantajlar sunabilmektedir. Böylece izlemeler kamusal alanlarda da olsa, sistemden çekilen kişisel verilerin görüntülerle bütünleştirilmesi ile farklı bir boyut kazanmaktadır. Bu sebeple kişisel verilere ilişkin ilgili düzenleme, izleme sistemleri için de anlamlıdır. Anayasada belirtildiği üzere, herkes kişisel verilerinin korunması, bunlarla ilgili bilgilenme ve çeşitli taleplerde bulunma hakkına sahiptir.

Henüz izleme sistemlerine ilişkin yasal bir düzenlemeye sahip olmayan Türkiye'de, İçişleri Bakanlığında (bilgi edinme hakkı kapsamında) edinilen bilgiler ışığında, MOBESE'ye yönelik yönetmelik üzerinde çalışıldığı bilinmektedir. Oysaki izleme verilerinin işlenmesi, saklanması, kullanım amaçlarının açıkça belirtilmesi ve hangi durumlarda kullanılabil-

leceği ya da başkalarına verilebileceği veya ifşa edileceği ve benzeri hususların yukarıda değinildiği ve Anayasanın 20. maddesinde belirtildiği ve yukarıdaki bilgilerden de anlaşıldığı gibi, kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin yapılan kanuni düzenlemenin, izlemenin amaçlarını açık ve net şekilde de belirtmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında Anayasada koruma altına alınmış bir hakka ilişkin hükmün, bizatihi kendisi uygulanabilir olmadığından ve ortada uygulamayı gösteren kanuni düzenleme bulunmadığından uygulanamaz bir hale geldiği, bunun da Anayasanın 6. maddesinde yer alan, “hiç kimsenin kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanamayacağına” ilişkin hükme aykırı olduğu söylenebilir.

Aslında, 2001 yılındaki değişiklikle kaldırılan "sınırlandırmanın öngörülen amaç dışında kullanılmaması" ölçütü de yetki gaspını önleyici mahiyettedir. Bu ölçüt, Anayasadan kaldırılmış olmasına rağmen, doğal bir ilke olması ve AİHS'nin 18. maddesinde yer alması dolayısıyla, Anayasamızın 90. maddesi gereği bağlayıcı olması nedeniyle iç hukukumuzda halen yaşayan bir ölçüttür (Derdiman, 2013: 167). Nitekim Anayasa'nın 20. maddesine eklenen fıkrada "herkesin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişilerin "kendileri ile ilgili kişisel verilerin toplanma amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına" ilişkin ifade, temel hakları sınırlandırıcı nitelikteki yetkilerin amaca bağlılığı kistasının Anayasadan kaldırılmış olmasına rağmen, genel hukuki yaklaşımda devam ettiği sonucunu çıkarılmamıza sebep olmaktadır.

İzlemeler, anti-demokratik uygulamalara zemin hazırlayan bir yapıdadır. Bu konuda Orwell'in 1984 adlı eseri ve Foucault'un değerlendirmeleri, bu eleştirilerin çıkış noktasını oluşturmaktadır. İzlemelerin somut olarak anti demokratik olması endişesinden öte, bizzat izleme eylemine karşı çıkan ve her an her yerde izlenme durumunun kişileri pasifize edeceği, hareketlerini sınırlandıracağı ve kontrol mekanizmalarının dışsallığını zamanla kaybederek kişilerin içselleştireceğini belirtmektedir. Böylelikle özgürlüklerini yitiren bireylerin korku toplumunu oluşturacağı ifade edilmektedir. Bu değerlendirmeler izlemenin anti demokratik uygulamalara dönüşme potansiyelini kavrama noktasında önemlidir.

MOBESE kameralarının aralıksız olarak izleme yapmalarının bireylerde sürekli izlendikleri endişesini doğurması mümkündür. Kişilerin kamusal alanda bile özel bir kısım diyaloglarının ya da yaşantı kesitlerinin bulunabileceği inkâr edilemez. Bu nedenlerle gözetim vakitlerinin halka erişilebilecek vasıtalarla ilân edilmesi gerekir. Bu bağlamda, suçların yoğunlukla işlendikleri kamusal alanlarda önleyici nitelikte olmak; yer, süre ve konu bakımından önleme sebebiyle ölçülü olmak kaydıyla ve buna uygun süreklilikte gözetimin ve bu gözetimden elde edilen verilerin suçların aydınlatılmasında kullanılması ihtimalini haklı süre muhafaza edilmesinin hukuka aykırı olmadığı söylenebilir. Bu hallerde bile önceden ilan edilmemiş bir kamera gözetimi hukuka uygun olmaz. Bu hususların kanunla düzenlenmesi de yasal dayanak için şarttır.

Bu arada, meydana gelmiş bir suçun yasal şartlara uygun olarak teknik takibinin söz konusu olduğu hallerde ise suçun aydınlatılabileceği ve her halde en üst yasal süreyi geçmeyecek bir zaman kesiti ile sınırlı olmak üzere hâkim kararını gerektirdiği belirtilmelidir. Hele hele izleme gizli, önceden haber vermeden yapılacaksa, hâkim kararı daha zorunlu hale gelir. Bu arada işyerlerinde belli zaman kesitine bağlı olmak, ihtiyaç bittiğinde sona erdirilmek üzere kamusal alanı kısa süreli gizli takip yapılabildiği yukarıda verilen kararlarda zikredilmiştir. Ancak, bizce bu halin de, temel hakların güvencesi olmak bakımından hâkim kararını gerektirmesi kaçınılmazdır.

Bu durumların aksine davranış ya da uygulamanın, Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmadığı açıktır. Hukuka uygun izleme için, izleme sistemlerinin bulunduğu yerlere sabit ve sürekli izleme yapıldığı imajını uyandıran levhaların asılmasının hukuka aykırılığı gideremeyeceği trafikte aşırı hızdan bahisle kesilen cezalara yapılan itirazlarda dile getirilmiştir (Bursa 3. Sulh Ceza Mahkemesi 05.10.2012 tarihli ve değişik işler 2012/431 sayılı karara esas olarak idarenin itirazına verilen cevap, 2012: 2).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bir kişisel başvuruya karşı 1998 yılında verdiği bir kararda, insan onuruna dokunulamaz ve insan haklarının değiştirilemez olduğunu belirtmekte ve bu ilkeleri ihlâl etmeyen ve ölçülü seviyede kalan bir kent gözetimi sisteminin mümkün olabileceği üzerinde durmaktadır (Buchholz, 2008: 54). Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1. Dairesi yukarıda da anılan kararında; kamusal alanda da olsa, kişilerin kendi kişiliklerine ilişkin verileri ve bunların sınırlarını be-

lirleme üzerinde hakları olduğunu ve bunların elde edilmesi ya da kullanılmasını belirlemenin de kendilerine ait olduğunu belirtmiştir (p. 37, 39). Ancak çok daha üstün bir kamu yararının zorunlu kılması şartıyla sınırlandırılacak olan bu hak, kişisel verileri izleme ya da kayıt altına almaya karşı bireyi korumaktadır. Böyle bir kayıt ve izlemeye ilişkin bilgilerin ulaşılabilir ve bilinebilir olması gerekmektedir (p. 38). Bu değerlendirme, kararda yer alan izleme ve veri toplama faaliyetinin suçlarla mücadele için gerekli olduğu (p. 31, 38) beyanı ile örtüşmektedir. Bu karar aynı zamanda kanunun açık ve bilinen hükmüne dayanmadan, hukuku ve ölçülülük ilkesini ihmal ederek (p. 38, 41-48) izleme yapmanın hukuka aykırı olduğuna işaret etmiştir. Karar metninde, bu izleme kayıtlarının (kanunlarda öngörülen hallerle sınırlı olmak üzere ve yalnız muhataplarla paylaşılması yerine) herkese açılmasının (p. 32) uygun olmadığı hususları da yer almıştır (Bundesverfassungsgericht, 2007).

Diğer taraftan elektronik izlemelerin kamu düzenini korumak amacıyla başka bir amaca yönelik olmaması gerektiğinden, burada öncelikle hedef alınması gereken, suçların işlenmeden önlenmesidir. Nitekim 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu 2. maddesinde önceliği suçun işlenmeden evvel önüne geçilmesine vermiş, buna rağmen suç işlenmesi halinde araştırılmasını, şüphelileri ve delilleriyle birlikte adliyeye intikal ettirilmesini öngörmüştür. Bu sebeple, herhangi bir bilgi verilmeden yapılan denetimlerde elde edilen delillerin hükme esas teşkil etmeyeceği söylenebilir (Mudanya Sulh Ceza Mahkemesi 02.11.2009 tarihli ve değişik iş 2009/324 sayılı karara esas başvuru, 2009: 1). Dolayısıyla tuzak mahiyetinde olacak şekilde her türlü izleme ya da radar takiplerinin hukuka aykırı olduğu Mudanya Sulh Ceza Mahkemesince karara bağlanmıştır (Mudanya Sulh Ceza Mahkemesi 02.11.2009 tarihli ve değişik iş 2009/324 sayılı karar, 2009:1).

Özgürlük yalnızlık değil, kalabalıklar içinde kendin olabilmek, özerk birey vasfını sürdürebilmek, çeşitlilik içinde ayrı bir renk, ancak tüm toplumla bir olabilmektir. Böyle özgür ortamın varlığı kişilerin işaret edilme, ölçülüp tartılma kaygısından uzak olmaları ile mümkün olabilir (Arslantaş vd, 2012: 8-11). Dolayısıyla izleme sistemlerinin, kişileri ayırtmak ya da fişleme yapmak gibi amaçlarla değil; kaygı oluşturmayan, özgürlükleri sıkı koruma altına alan ve demokratik toplum düzeni gereklerine uygun kullanımı zaruridir.

3. İzlemelerin İnsan Hakları ile Uyumlaştırılması Bağlamında Öneriler

Toplumsal olarak yaşananlar, sosyo-psikolojik etkileri ile bireylerin tehdit algılarını ve tehditlere yönelik tutumlarını da değiştirmektedir. Sağlıksız kentleşme, göç, artan nüfus baskısı ve küreselleşme gibi süreçlerle artan kent içi güvenlik sorunları da bireylerin suç mağduru olma potansiyeli ile birlikte günlük yaşamlarını zora sokan suç korkusu gibi çeşitli sosyo-psikolojik etkiler de doğurmaktadır. Bu bakımdan bireylerin kentsel güvensizlik algısı ne kadar güçlüyse, bunu bertaraf etme noktasında alınacak önlemlere yönelik destekleri de o kadar fazla olmaktadır. Bu durum, üzerinde düşünülmesi gereken temel sorunlardan biridir. Çünkü tarihsel süreçte iktidarların güçlü kontrol mekanizmalarını kullanma anı genellikle toplumsal bir sorun üzerinden yapılandırılmış ve kamu yararı, düzen sağlama gibi meşru gerekçelerle güçlü bir toplumsal destek sağlanmıştır. Örneğin ABD 11 Eylül 2001 saldırısından sonra yaratılan "ortak düşman" üzerinden güvenlik politikalarını sıkılaştırmış ve bu durum anti demokratik uygulamalara seyirci kalınmasına sebep olmuştur. Yine Birleşik Krallıkta CCTV'nin, sonunda şikâyetlere sebep olacak şekilde yaygınlaştırılması da, toplum nezdinde destek alınmasını sağlayan James Bulger (Smith,1994) cinayeti sonrasında gerçekleşmiştir. Her ne tür meşru gerekçeye dayandırılırsa dayandırılınsın, toplum yararını esas alan politikalarda ifrat ve/veya tefrite gidilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle tehditler ve önlemler açısından insan haklarını ve toplumsal sürdürülebilirliği gözetken vizyoner bir yaklaşım benimsenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda güvenlik için gerekli olan kameraların kullanımında da, bu kabulden yola çıkan güvenlik-özgürlük ve özel yaşama saygı gibi hakların bütünlük olarak varlığı için hassas dengenin kurulması gerekmektedir. Bu dengenin kurulması yönünde alınması önerilen önlemler aşağıda açıklanmıştır.

3.1. İzlemelere İlişkin Kanuni Bir Düzenleme Olmalıdır

Güvenlik kameraları ile izleme yapılması bireylerin güvende yaşama hakkının bir parçası olarak değerlendirilebilir.¹ Ancak güvende yaşa-

¹ İnternet ortamında 477 kişinin katıldığı ankette, katılanların 206'sı (% 45,8) kamera ile takibin güvenlik için gerekli olduğunu, 28'i (% 6,3) kendilerini gözetim evi gibi bir yerde hissettiklerini, 128'i (% 28,1) izlemenin özgürlüklere saldırı olduğunu, 60'ı (% 13,3) kişisel verilerin kullanılmasından endişe ettiklerini bildirmişlerdir. Bkz: Anket Sonucu: MOBESE Kameraları Bizi mi Gözetlemektedir?, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=5544&page=2>, 07.09.2012

ma hakkının gerektirdiği eylemlerin ifa edilmesi diğer haklarından feragat edilmesini gerektirmez. Bu nedenle bireylerin özgürlüklerinin ve özel hayata saygı haklarının da güvence altına alınması gerekmektedir. Bu güvence ise ancak izlemelerin iktidarın keyfi uygulamalarını engellemeyi amaçlayan yasalarla olmalıdır. Nitekim AİHS'nin 8. maddesi ile ve 1982 Anayasası'nın 20. maddesi ile de bu husus düzenlenmiştir. Kaldı ki, Anayasanın 21. maddesindeki konut dokunulmazlığı ve 22. maddesindeki haberleşmenin gizliliği, nihayetinde yine özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkının kapsamı ve gerekleri içinde yer alabilirler. Bu hükümler doğrultusunda Anayasanın "temel hakların ancak kanunla sınırlandırılabilceğini" öngören 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı müdahalelerin yasal dayanağı olmalıdır.

Bu arada, yasal düzenlemeden maksadın, izlemelerin yapılmasına ilişkin yasaların, bu konuda iktidara yetki vermenin ötesinde, izleme yetkisinin sınırlarının net ve kesin şekilde çizilmesine hizmet etmek olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Diğer bir anlatımla; yasal düzenleme, kameraların kurulum esasları, izlemenin gerekliliğe ilişkin somut bir sebebe dayanarak ilan edilen zaman aralıkları içinde yapılması, çekilen görüntülerin nasıl saklanacağı, suç niteliğinde olmayan görüntülerin de saklanıp saklanmaması konusu, görüntülerin ne kadar zaman sonra imha edileceği, elde edilen görüntülerin hukuki süreçte delil niteliğinde kullanımı gibi hususları içermelidir. İzlemenin öngörülebilir ve kesin standartları olmalı ve bu standartlar katılımcı bir toplumsal uzlaşının ürünü olmalıdır.

Türkiye'de kamera sistemleri vasıtasıyla izlemeler il emniyet müdürlükleri bünyesindeki kamu görevlileri tarafından yapılmaktadır. Anayasanın 128. maddesine göre; Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler (Derdiman, 2013: 452). Hatta, kamu görevlilerinin statüleri ve özlük işleri de kanunla düzenlenir. Şu halde kamera sistemlerine ve izlemelerin yapılmasına ilişkin yasal bir dayanağın olmaması Anayasayı bu konuda işlevsiz kılmaktadır. Zira, bu kamu görevlilerine kamera ile izleme görev ve yetkisi veren bir kanun hükmü olmadığı gibi, izleme yapanların emniyet hizmetleri sınıfından olmaları halî de hukuka aykırılığı gidermekten uzak olmaktadır. Şöyle ki; polis memurlarının çalışma esas-

larını düzenleyen 2559 sayılı "Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu"nda da polise verilen görevler arasında izlemelere ilişkin herhangi bir ibare ya da tanım bulunmamakta, bu hususlara ilişkin bir yetki de yer almamaktadır. Dolayısıyla yasal dayanağı olduğu söylenemeyecek bu tür elektronik takipler memurları zora sokmakla birlikte, AİHS 8. ve Anayasanın 20. maddesini de uygulamada ihlâl etmiş olmaktadır.

3.2. İzlemeye Konu Olan Taraflar Kanunla Netleştirilmelidir.

Foucault'un tespitlerinden yola çıkarak, izlemelerin gözetlemenin insan hakları açısından temel sorunlarından birinin gözetim öznesinin belirsizliği olduğunu söyleyebiliriz. Gözetimin konusunu oluşturan izlenecek grup ya da kişi olarak öznenin tespiti yapılamadığı ve kişi ya da grupların hangi durumlarda gözetimin öznesi durumuna geldiklerini bilmemeleri halinde, tüm toplum gözetimin tarafı olmaktadır. İzlemeler, sadece güvenliğe tehdit kapsamında değerlendirilebilecek hedeflere yönelik olmadığında tüm topluma etki etmektedir. Böyle bir halde, gözetimin yapılması bir açıdan mahremiyetin ihlali niteliği taşımakta, gözetimin öznesi açısından, zamanının ve mekânının belirsizliği ise doğrudan kişilerin özgürlük haklarını gasp etmiş olmaktadır.

İzlenecek öznenin tespitinin gerekliliği kadar, izleme yapan öznenin de insan haklarını koruma hassasiyetini önceleyen bir yaklaşımla davranması önemlidir. Ne zaman, kim tarafından, nasıl gözetleneceğini bilemeyen birey, zamanla özgür davranma yetisini kaybederek, gözetimi içselleştirmektedir. Bu durumda insan hakları açısından asıl tehlike, bireyin gözetim mekanizmalarının belirsizliği sebebiyle, kontrol'ün zamanla dışsal konumunu kaybetmesidir. Bu bağlamda çağdaş toplumlarda güvenlik gereksinimini karşılamanın bir aracı olan teknolojik izleme aygıtı MOBESE/CCTV'nin insan hakları ile uyumlaştırılması sorununda ilk çözüm noktası hukuk çerçevesinde gözetleyen kim olduğunun netleştirilmesi gereğidir.

3.3. İzleme Yapacak ve Verileri Toplayacak Görev ve Yetkinin verileceği Kişiler Belirlenmelidir.

İzleme yapan personelin belirlenmesinde diğer husus, bu izlemenin kim ya da kimler tarafından yapılacağıdır. Dünya'da genel uygulama, izlemenin dönüşümlü olarak kamu ve özel sektör tarafından birlikte yapılması şeklindedir. Ancak bizim önerimiz, güvenliği önceleyen kolluk personeli izlemelerinin insan haklarını koruma ölçüsüyle sınırlandırılması

yönündedir. Bu doğrultuda izlemeler konusunda kolluk kuvvetlerinin izleme yetkilerini sınırlandırma amacına hizmet edecek şekilde, insan hakları kurulları veya insan haklarını koruma konusunda oluşturulmuş bağımsız kuruluşlarla da yetki paylaşımı yapılması gerekmektedir. İzlemeler kamu görevlileri tarafından yapılırsa da, bu görüntülerin saklanması, korunması, kullanılması ve imha edilmesi hususlarında söz konusu kurullar kontrol işlevini üstlenmelidir. Bu noktada önemli husus denetimlerin hiyerarşik yapılanmadan ziyade demokrasinin özüne uygun yöntemler ile yapılabilmesidir. Bu nedenle elde edilen görüntülerin ve telefon dinleme kayıtlarının yargısal makamların ve/veya kamu denetçisinin veya halkın temsilcilerinin bulunduğu bir kısım kurumların temsilcilerinden oluşan kurulun otomatik denetimine açmak ya da çeşitlendirilebilecek demokratik yöntemler üzerinde tartışılması faydalı görülmektedir.

3.4. İzlemeler Önceden Duyurulan Yer ve Zaman Zarfında Yapılmalıdır.

Dünyada genel uygulama izlemelerin nerelerde ve ne zaman yapılacağı konusunda kamuoyunun bilgilendirmesidir. (Information Commissioner's Office, 2008:15). Hal böyle olmakla birlikte, yukarıda anılan AİHM ve Alman Mahkemelerinin kararlarında bu konuda tam ve tereddütü giderecek açıklık görülememektedir. Hatta meselâ İngiltere'de 24 saat kameralarla aralıksız gözetim yapılmaktadır (Günaydın, 2014: 91-94). Bunun insan hakları ile uyumluluğu sorgulanmalıdır. Türkiye'de de bu tarz uygulamalar, sadece yukarıda değinilen yargı kararlarına esas teşkil eden talepler seviyesinde kalmaktadır. İzlemelerin yanında, suç haritalarının, yapılan anketlerin, konuyla ilgili hazırlanan raporların ve izlemeye ilişkin alınan önlemlerin interaktif ortamda paylaşılması konusunda dünyadaki örneklerinden faydalanarak şeffaf ve toplum odaklı güvenlik sisteminin oluşturulması önemlidir.

MOBESE sisteminde hangi güzergâhtaki, hangi kameranın, hangi saat dilimlerinde çalıştığı kamuoyuna duyurulmadan bu tür hız kontrollerinin ya da diğer kontrollerin yapılması, bir noktada özel hayatın gizliliği ile çelişmektedir. Çünkü bu durumda toplum, 7 gün 24 saat "aralıksız gözetilen toplum haline gelmişlik endişesi" içinde olacaktır. Bunun, her kamera sistemi önüne levha konduğunu iddia etmekle giderileceğini düşünmek de mümkün değildir. Bu şekilde elde edilen verilerde kişilerin toplumla paylaşmak istemedikleri birçok görüntü alınmış olacaktır. Bunların nerede hangi hallerde nasıl kullanılacağı ya da nasıl yok edileceğine

ilişkin henüz bir kanun da olmayınca ortada hukuka aykırı biriktirilen verilerin varlığından bahsedilebilecektir (Bursa 4. Sulh Ceza Mahkemesi 13.06.2013 tarihli ve değişik iş 2013/554 numaralı kararına esas olan başvuru dilekçesi, 2013).

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 2. maddesinde polise öncelikle suçları önleme görevi verilmiştir. Keza Jandarma için de aynı husus geçerlidir. Bu durum suçların yoğun olduğu yerlerde kolluğun öncelikle önleyici tedbir almasını gerekli kılmakta, bu da ideal olarak, gerekli olduğu hallerde, en azından kitle iletişim araçlarıyla önceden ilan edilecek yerlerde belli sürelerle video kameralardan, yararlanmayı gerektirmektedir. Yukarıda da bir nebze değinildiği gibi, suçların, kamusal infiallere sebebiyet veren araç kundaklama gibi bir kısım suçların önlenmesi bakımından, yine önceden ilan edilmiş yerlerde, yer, konu ve zaman bakımından bu sebeplerle sınırlı olmak kaydıyla sürekli gözetim ve izlemelerin, bunlardan elde edilecek verilerin sadece suçların aydınlatılmasında yararlı olabileceği süre kadar korunmasının ve gerektiğinde bu amaca uygun kullanılmasının hukuka uygun olabileceği söylenmelidir.

Adli kolluk görevinin gerekli kıldığı hallerle sınırlı çekimler, Türk hukukunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun teknik araçlarla takibi düzenleyen 140. Maddesindeki usul ve şartlara uygun olarak gerçekleştirilecektir. Bu hükme göre, yine aynı hükümde yazılı suçların soruşturulmasıyla ilgili olarak; kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması başka türlü delil elde etmenin mümkün görülmemesi halinde teknik araçlarla takip mümkün olabilecektir. Bu tedbire, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı 24 saati geçmemek üzere karar verme yetkisine sahip olmakla birlikte, kanunda belirlenen süreleri aşmayacak zaman zarfında teknik takip yapılmasına hâkim karar verecektir. Maddede yazılı katalog suçlar dışında kalan suçların soruşturulmasında başvurulamayacaktır (Eryılmaz, 2012: 538-540). Bu hallerde teknik takip sadece kamusal alanda yapılabilecek, kişilerin özel hayat alanlarında bu tedbire başvurulamayacaktır. Suç şüphesinin ortadan kalkması halinde (Eryılmaz, 2012: 543) ya da suç aydınlatılmışsa ve başka delile ihtiyaç kalmamışsa bu işleme son verilecektir.

3.5. İzlemelerin Amaçları Açıkça Belirlenmelidir.

AIHS'nin 18. maddesinde belirtilen, “sınırlamanın öngörülen amaç dışında kullanılmayacağı” prensibinden hareketle, Devlet izlemeyi yaparken millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel

sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi AİHS 8. maddesinde ve Anayasamızın 20. maddesinde belirtilen özel hayat kapsamında yer alan sınırlandırma sebepleri mahiyetinde meşru amaçlar gözetmelidir. Bu açıdan her bir izlemenin ne maksatla yapılacağı gerekçesiyle belirlenmelidir.

Bu kapsamda belirlenen amaçlar ile kullanılan teknolojinin, izlenecek konunun ve izleme usûlünün orantılı olması da önemlidir. Kurulan sistemlerin varoluş amacına bağlı kalınmalı ve bu amaçları gerçekleştirebilecek kadar teknoloji kullanılmalı; amaca hizmet etmeyecek bir konuda izleme yapılmamalı ve izleme usûlüne de riayet edilmelidir. Örneğin, yüz tanıma sistemleri gibi geliştirilebilir teknolojik imkânların belirlenen amaçlar için gerekli olup olmaması konusu, özgürlüklerin korunması için dikkatle değerlendirilmelidir.

Sokaklar ve kent merkezleri gibi kamusal alanlarda elektronik izlemeler suçların önlenmesinde ve düzen sağlanmasında büyük bir rol oynadığı kadar, bünyesinde bireysel ve politik haklara müdahale riskini de bulundurmaktadır. Bu riskin giderilmemiş olması ise kişilerin bu haklarını kullanmaktan çekinmelerine veya isteksizleşmelerine sebep olabilecektir. Böyle bir sonuca sebep olmamak için, kamera sistemleri işleticileri kameraların politik amaçlarla ya da özgürlük kapsamındaki halk protestolarını caydırmak için kullanılmayacağını garanti altına almalı ve bu konuda kamuoyunda güven sağlanmalıdır. Bu nedenle sistem kullanıcıları için insan onuruna, bireysel ve politik haklara saygı göstermek kadar, bu saygıya ilişkin halkın desteğini almak zorunlu olacaktır (European Forum for Urban Security, 2010: 27-37). Bunun da yasal düzenlemeler kadar, sorumluluk duygularını geliştirici eğitimlerle sağlanabileceği değerlendirilmektedir.

3.6. Kişisel Verilerin Gizliliği Korunmalıdır.

Kişilerin izlenmesine konu olan kayıtlar kişisel verilerin gizliliği esas alınarak korumalı ve güvenli şekilde saklanmalıdır. Bu görüntülerin ceza kovuşturması gibi durumlarda gerekli olması ve ilgili mercilerce erişilmesi de ancak bağımsız, tarafsız yargı merciinin kararı ile olmalıdır. Bu yargı merciinin bu konudaki kararlarında, ortada işlenmiş olması olasılığı yüksek ciddi bir suç varlığı, bu suçun ispatının ancak ilgili kişisel verilere erişmek suretiyle yapılabilmesi, bu verilere ulaşmanın diğer soruşturma teknikleri tüketildikten sonra, en son yol olarak başvurulması, erişilen bilgilerin iddia edilen suçla sınırlı olması ve amaca hizmet etmek-

ten daha fazla aşırı bilgi elde etmekten kaçınılması, edinilen bilgilerin belirli süre sonunda imha edilmesi, bu bilgilerin sadece ilgili makamlar tarafından ulaşılabilir olması ve sadece bu amaçla kullanılabilmesi ilkeleri gözetilmelidir (International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance, 2013).

Gözetimlerde toplanan verilerin gerekli olmayanlarının imha edilmesi de ölçülülük ilkesinin ve kişi güvenliğinin bir gereğidir. Burada imhadan maksat, asıl verilerin ve bunlara bağlı teferruatların ya da eklerin de imha edilmesidir (Gaul, 2007: 237). Hukukumuzda, kanunlarda bu hususa da açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Kişisel verilerin gizliliği konusu dünya'da 1970'lerden itibaren önemli gündem maddesi ve yasal düzenlemelerin gerçekleştiği alan olmuştur. Avrupa'da yakın tarihteki acı tecrübelerin kamusal tepkiye dönüşmesi neticesinde 1970 yılında Almanya'nın Hessen eyaletinde ilk veri koruma yasası kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyi ilk ulusal yasa olan ve 1973 yılında yürürlüğe giren İsveç Veri Koruma Yasası izlemiştir. 1980'li yıllarda İngiltere, İrlanda ve İtalya hariç Batı Avrupa ülkelerinin hemen hemen tamamında konuya ilişkin yasal düzenlemeler tamamlanmıştır. Bu düzenlemeleri Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü OECD, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, Asya-Pasifik Ekonomik İşbirliği APEC, tarafından yayınlanan uluslararası alanda kabul edilen metinler takip etmiştir. Türkiye'de ise kişisel verilerin korunmasıyla ilgili çerçeve nitelikte ve kapsayıcı bir yasa hala mevcut değildir. 2008 yılından bu yana yasalaşmayı bekleyen "Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı" güncellenerek yürürlüğe girmelidir. Zira konuya ilişkin çerçeve yasanın bulunmaması, Türkiye'nin 28 Ocak 1981 tarihinde imzaladığı Avrupa Konseyi Veri Koruma Sözleşmesi onaylama işleminin gecikmesine neden olmaktadır (Küzeci, 2011: 143-148). Diğer yandan 2010 yılında Anayasanın 20. maddesine eklenen fıkra ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunlarla düzenlenmesi" hükmü getirilmiştir. Bu nedenle, şahsî verilerin arşivlenmesini, korunmasını, bunlara kimlerin erişebileceği, kullanma halleri, zamanı ve yerleri ile verilerin silinip silinmeyeceği, silinecek nitelikte olanların ne kadar süre sonra silineceği ya da imha edileceği güvence altına alacak ve keyfi kullanımları engelleyecek bir yasanın yürürlüğe girmesi anayasal bir zorunluluk halini almıştır.

Nihayetinde, kamusal alanların gözetiminde hukuka uygunluk, kamu düzeninin ve güvenliğinin korunması ile kişilerin kendileri hakkın-

daki bilgiler üzerinde tasarruf edebilme ya da kendileri hakkındaki bilgilere hâkim olabilme hakkı arasında bir denge kurmakla sağlanabilir (Horeen, 2010: 19). Daha açık bir ifade ile kişilerin şahsî bilgileri üzerindeki tasarruf hakları, kendileri ile ilgili özel ya da gizli hayat alanlarına ilişkin bilgileri kimlerle, nasıl paylaşacaklarına esasen kendilerinin karar vermelerini gerektirir. Hatta temel haklardan vazgeçilemeyeceği, bunlardan feragat edilemeyeceği nazara alındığında bu bilgilerin bir kısmının da kişinin paylaşım gibi bir hakka sahip olmayabileceği ya da paylaşımlarının gizlilik veya özel hayat alanı içinde kalacağı söylenebilir. İşte kişinin kendisi üzerindeki bilgilere tek hâkim olabilme hakkının hukukî istisnalarından birisini, suçla mücadele, kamu düzeni ve güvenliği amaçlarıyla, kamusal alanda yapılan gözetim oluşturmaktadır. Bu gözetimlerde elde edilen bilgilerin yerli yerinde kullanılması ve ihtiyaç kalmadığında imha edilmesi gibi hususlar da kişilerin kendileri üzerindeki bilgilere hâkim olma hakkının bir gereğidir.

Alman Anayasa Mahkemesinin 1983 yılında verdiği "bilgilerin geleceğini belirleme hakkı" bu kapsamda önemlidir. Mahkeme Alman parlamentosunun oybirliği ile kabul ettiği "Nüfus Sayımı Yasasını" Anayasaya aykırı bulmuş ve Anayasanın hükümlerini değerlendirerek "bilgilerin geleceğini belirleme hakkı"nı türetmiştir. Mahkeme kararını "insan onuru" ve "kişiliğin korunması" ilkelerine dayandırmıştır. Mahkemeye göre anayasal düzenin merkezinde toplumun özgür bir üyesi olan kişinin onuru bulunur. Teknik gelişmeler ve buna bağlı tehlikeler karşısında kişiliğin korunması özel bir önem kazanmıştır. Kişinin kararlarını özgürce verebilmesi için kendisine ilişkin hangi bilgilerin edinildiğini, bu bilgilerin kimler tarafından kullanıldığını bilmesi gerekir. Bilgilerin geleceğini belirleme hakkı ilke olarak bireyin kendi kişisel verileri üzerinde karar verme hakkını tanımaktadır (Küzeci, 2014 : 56; Gaul, 2007: 288).

3.7. İzleme Sistemlerinin Yönetimi ve Güvenliği

Güvenlik sorunları kapsamında kentlerin sürdürülebilirliğini tehdit eden başlıca sorunların başında suç ve suç korkusu gelmektedir. Kentsel yaşam kalitesinin geliştirilmesi bağlamında dünyada üzerinde önemle durulan bu soruna yönelik bütünlük, stratejik ve işbirliğine dayanan bir kent içi güvenlik yönetimine önem verildiği gözlenmektedir. Güvenlik yönetiminin teknoloji odaklı çoklu çözüm yöntemlerinden biri olan MOBESE/CCTV, kendi içinde de üzerinde önemle durulan yönetim alanlarından biridir. Küresel konjonktür, izleme sistemlerinin kurulumu ve işle-

tilmesinde başarı ölçütleri olarak; sistemlerin yönetiminde çeşitli paydaşların işbirliği içinde olması ve sürecin tüm aşamalarında yerel halkın desteğinin ve katılımının sağlanması, stratejik planlamaya dayalı, öngörülebilir ve izlenebilir sistemlerin oluşturulabilmesi ilkelerini benimsemektedir. Böylece hem sistemlerin sürdürülebilirliği sağlanmakta hem de toplumsal uzlaşa esas alınmaktadır. Bu bağlamda izleme sistemlerinin kuruluşu ve işleyişine ilişkin genel standartlar belirlenmesi ve her uygulamanın yerel ihtiyaçları iyi tespit eden ve sistemlerin devamında yol gösterici olan stratejik plan hazırlanması önerilmektedir.

Diğer yandan şeffaflık ve hesap verebilirlik sistem yönetiminde benimsenmesi gereken temel ilkelerdendir. Stratejik planların gerçekleştirme durumlarını, sistemlerin başarısını ve sistemin kullanımında endişeleri gidermeye yönelik olarak paydaşlar ve yerel halk için istatistik ve dokümanlara erişilebilirlik bunların sağlanmasında önemli rol oynayacaktır.

SONUÇ

İnsanlık ile yaşıt olan güvenlik ihtiyacı, insanların birbirleriyle iletişiminin ve geliştirdikleri işbirliği davranışının sebeplerindedir. Nitekim, sosyo-ekonomik ve siyasal konjonktürdeki gelişmelerle devletin görev alanı sürekli bir değişim içinde olsa da, güvenliğin sağlanması tarihsel süreçte devletin değişmeyen en temel görevi ve meşruiyet kaynağı olmuştur. Ancak özgürce yaşam idealinin aracı olan güvende olma hali, çoğu zaman devlet tarafından insan haklarını ihlal eden eylemlerine dayanak olacak şekilde kullanılmıştır.

Tarihsel süreçte edinilen tecrübeler özgürlük-güvenlik arasında kaçınılmaz bir gerilimin olduğu yönünde algılara sebep olmuştur. Oysa ki, bu iki kavram arasında birbirlerini tamamlayan, birinin varlığının diğerinin garantisi olduğu anlayışını tasdik eden bir simbiyotik ilişki olmalıdır. Bu gerçeğin güncel işleyişte hak ettiği yeri alması güvenlik anlayışında toplumun öncelenmesi ile mümkündür. Özgürlük de, güvenlik de mutlak değildir. Bazı hallerde asgari müşterekte bu haklardan feragat etmek zaruri bir hal alabilir. Ancak böyle bir durumda dahi, benimsenen ilke özgürlük karinesi olmalıdır. Çünkü özgürlüklerin aleyhine izlenen her bir güvenlik önlemi, aksine özgürlüklerdeki azalmayla birlikte toplumu da daha güvensiz hale getirmektedir. Güvenlik gerekçesi ile kolluk kuvvetlerinin post-modern dönemde düzen sağlama aracı olan izleme sistemleri, her çağda farklılaşan araçlarla varlığını sürdüren haklı endişelere sebep ol-

maktadır. Hâlbuki izleme sistemleri bağlamında güvenliğin sağlanması ile özgürlükler ve özel yaşam hakkı perspektifinde insan haklarının uyumlaştırılması bir gerekliliktir.

AİHM kararları, izlemelerin kamusal alanda gerçekleşmesini savunanlarının aksine, olayın kendi şartlarına göre bireylerin özel yaşam hakkını ihlâl edebilme potansiyeli taşıdığını ortaya koymaktadır. Devlet edimlerinin özel yaşam hakkının ihlaline sebep olmaması ise ancak maddede belirtilen amaçlar için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilmektedir. Aynı doğrultuda 1982 Anayasamızda herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmiş ve bu hakların sınırlandırma koşullarına yer verilmiştir. Herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu ve kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

AİHS ve 1982 Anayasasındaki düzenlemelerin aksine Türkiye'de izleme sistemlerine, bu sistemler vasıtasıyla edinilecek kişisel verilerin depolanması, kullanılması, diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla ve medya ile paylaşımı, izlemelerin kimler tarafından ve hangi yetki sınırları çerçevesinde yapılacağı, sürecin denetimi ve yaptırımını gibi hususlara ilişkin herhangi bir yasal çerçeve bulunmamaktadır. Ayrıca Anayasaya 2010 yılında eklenen hükme rağmen, kişisel verilerin korunması konusunda yasal bir düzenlemenin yapılmamış olması, bir noktada, Anayasanın bir hükmünü uygulamadan kaçınmak anlamına gelmektedir. Nitekim bu konuda düzenlenen "Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı" 2008 yılından bu yana yasalaşmayı beklemektedir.

Yapılacak yasal düzenlemeler ile iktidarın ve idarenin yetkileri kesin ve net şekilde çizilmeli, tüm hususlar ayrıntılı olarak işlenmelidir. Yasalarda izlemenin öznesi net olarak belirlenmeli ve izleyenin gözetleme konusunda elde ettiği bu güç insan hakları alanında oluşturulacak kurulların onay ve denetleme işlevi ile sınırlandırılmalıdır. Diğer yandan izlemenin amaçları sistemlerin kurulum aşamasında açıkça belirlenmeli ve daimi olarak bu amaçlara uygunluk gözetilmelidir. İzlemeler neticesinde elde edilen görüntülerin kullanılmasına ilişkin yasal düzenlemelerde kişisel haklar güvenceye kavuşturulmalı ve Alman Anayasa Mahkemesinin verdiği "bilgilerin geleceğini belirleme hakkı"nın bir gereği olarak, insan

onuru ve kişiliğin korunması ilkeleri kapsamında, kişiler kendisine ilişkin hangi bilgilerin edinildiğini, bu bilgilerin kimler tarafından kullanıldığını bilmeli ve kendi kişisel verileri üzerinde karar verme hakkını kullanabilmelidir.

İzleme sistemlerinin topluma hizmet etmesinde ve sürdürülebilirliğinin sağlanmasında yönetim süreci de ayrı önemdedir. Öncelikle, sistemlerin kuruluş ve işleyişinde öngörülebilir ve izlenebilir bir yapı oluşturulmalıdır. Sistemlerin yönetiminde ise, stratejik planlamaya dayalı, çeşitli paydaşların işbirliği ilişkisi içinde bulunduğu ve sürecin tüm aşamalarında yerel halkın desteğinin ve katılımının sağlandığı yapı oluşturulmalıdır. Diğer yandan şeffaflık ve hesap verebilirlik sistemlerin yönetiminde benimsenmesi gereken temel ilkelerdendir. İzleme konusunda hazırlanan stratejik planların gerçekleşme durumları, sistemlerin başarısını değerlendiren veya endişelerin giderilmesine ilişkin hassasiyetleri gözeten yetkili mercilerin belirli aralıklarla rapor, istatistik ve analiz dokümanları oluşturması ve bunları erişilebilir kılmaları gerekmektedir. Özel hayata ve özgürlüklere müdahale endişeleri noktasında bir diğer önemli husus da sistemlerin denetimidir. Sistemler amacına uygun, toplum destekli ve insan haklarına saygıyı esas alan kullanımının sağlanması için denetlenmelidir. Bu denetim hem yasalarca öngörülmüş bağımsız organlar tarafından yapılmalı, hem de yereldeki ilgili sivil toplum kuruluşları ve halkın sürece dâhil eden bir yapıda yapılandırılmalıdır.

Birbiriyle mücadele içinde olan evrendeki tüm karşıtlıklar bütünü parçalarını oluşturmaktadır. Evren karşıtlıklarıyla birlikte vardır, bu karşıtlıkların mücadelesinden ise dinamizm ve gelişme doğar. Bu bakış açısının izlerini, her alanda görmek mümkündür. İnsanın doğasıyla bağlantılı olarak tarihsel süreçte insan ürünü olan "şeylerin" gelişmeyle birlikte felaketi de getirdiği tecrübe edilmiştir. Bu nedenle yaşanan gelişmelere yönelik mutlak kabul-ret tutumunun bir adım ötesine geçerek, insan haklarını önceleyen dinamik bir denge kurulması zaruridir. Bu bağlamda gücü sınırlandıran ve bireysel özerkliği güçlendiren yasal mevzuatın düzenlenmesi; şeffaflık ve hesap verme sorumluluğunun benimsendiği yönetsel zihniyetin oluşturulması vasıtasıyla izlemeler ile insan haklarının korunması arasındaki uyumun yakalanması mümkündür.

KAYNAKÇA

- Anket Sonucu: *MOBESE Kameraları Bizi mi Gözetlemektedir?* <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=5544&page=2>, 07.09.2012.
- Araslı, Oya (1982), *Özel Hayatın Gizliliği ve 1961 Anayasasında Düzenlenişi*, (Ankara: Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).
- Armitage, Rachel (2002), "to CCTV or not to CCTV?, A Review of Current Research into the Effectiveness of CCTV Systems in Reducing Crime", *Nacro Crime and Social Policy Section*, London.
- Arslantaş-Toktaş, Sema, Mutlu Binark, Ergin Şafak Dikmen, Işık Barış Fidaner, Elif Küzeci ve Alkım Özaygen (2012), *Türkiye'de Dijital Gözetim* (İstanbul: Alternatif Bilişim Derneği).
- Aydın Valiliği, Güvenlik Kameraları ile İlgili Valilik Genelgesi, http://www.aydin.gov.tr/ortak_icerik/aydin/dosya/KAMERA%20GENELGES%C4%B0.pdf (25.05.2014).
- Bal, Mehmet Ali (2003), *Modern Devlet ve Güvenlik*, (İstanbul: IQ Kültür ve Sanat Yayıncılık).
- Birleşmiş Milletler, *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*, 10/12/1948.
- Buchholz, Erich (2008) *Überwachungsstaat, Die Bundesrepublik und der, Krieg gegen den Terror*, Kai Homilius Verlag, Werder (Havel).
- BAG, Beschluss vom 29. 6. 2004 – 1 ABR 21/03, <http://lexetius.com/2004,2335>, 28.01.2016.
- Bundesverfassungsgericht (2007), 1 BvR 2368/06 vom 23.2.2007, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070223_1bvr236806.html, 22.06.2014.
- Bursa 3. Sulh Ceza Mahkemesi, 05.10.2012 tarihli ve değişik işler 2012/431 sayılı karara esas başvuru dilekçesi
- Bursa 3. Sulh Ceza Mahkemesi, 05.10.2012 tarihli ve değişik işler 2012/431 sayılı karar
- Bursa 3. Sulh Ceza Mahkemesi, 05.10.2012 tarihli ve değişik işler 2012/431 sayılı karara esas olarak idarenin itirazına verilen cevap.

- Çoban, Erin, “Ülkemizin Yeni Bilgi ve Güvenlik Konsepti MOBESE”, *Polis Dergisi*, Sayı: 45.
- Derdiman, R. Cengiz (2007): *Polis Yönetimi ve Hukuku*, Mevzuattaki En Son Değişikliklere Göre Yeniden Yazılmış 3. Baskı, (Ankara: Nobel Yayınları).
- Derdiman, R. Cengiz (2010), *Tüm Yönleriyle Özel Güvenlik Hukuku ve Kişi Hakları*, (Bursa: Alfa Aktüel Yayınları).
- Derdiman, R. Cengiz (2013), *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, (Bursa: Alfa Aktüel Yayınları).
- Dolgun, Uğur (2008), *Şeffaf Hapishane yahut Gözetim Toplumu, Küreselleşen Dünyada Gözetim, Toplumsal Denetim ve İktidar İlişkileri*, (İstanbul: Ötüken Yayınları).
- Dutertre, Gilles (2003), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları F-67075 Strasbourg Cedex, <http://book.coe.int>.
- Emniyet Genel Müdürlüğü, *Emniyet Genel Müdürlüğü Stratejik Planı*, 2009-2013, http://www.egm.gov.tr/indirilendosyalar/emniyet_gene_l_mudurlugu_Stratejik_Planı.pdf (22.05.2015).
- Erdoğan, Mustafa (2013), "Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:12, Güz.
- Eryılmaz, Mesut Bedri (2012), *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- European Court of Human Rights , Case of Liberty and Others v. United Kingdom, Application no: 58243/00, 01/10/2008.
- European Court of Human Rights , Case of the Association for European Integration and Human Rights And Ekimdzhev v. Bulgaria, Application no: 62540/00, 30/01/2008.
- European Court of Human Rights, Gabriele Weber and Cesar Richard Saravia against Germany, Application no: 54934/00, 26/06/2006.
- European Court of Human Rights, Case of Niemietz v. Germany, Application no: 13710/88, 16/12/1992.
- European Court of Human Rights, Karin Köpke against Germany, Application no: 420/07, 05/10/2010.
- European Forum for Urban Security (2010), *Citizens, Cities and Video Surveillance, Towards a Democratic and Responsible*

- Use of CCTV, Roxana Calfa, Sebastian Sperber and Nathalie Bourgeois (Ed.), (Montreuil: STIPA), (Çev. Helga Birkle, Jara Campelo, Charlotte Combe, Kerstin Elsner, Nathalie Elson, Gianfranca Gabbai, John Tyler).
- Foucault, Michel (2003), *İktidarın Gözü*, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları), (Çev. Işık Ergüden).
- Foucault, Michel (2000), *Hapisanenin Doğuşu*, 2. Basım, (Ankara: İmge Kitabevi) (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay).
- Gallagher, Caoilfhionn (2004), "CCTV and Human Rights: the Fish and the Bicycle? An Examination of Peck V. United Kingdom (2003) 36 E.H.R.R. 41", *Surveillance & Society*, CCTV Special., Norris, McCahill and Wood (Ed.), 2(2/3): 274-276.
- Gaul, Thomas (2007), *Untersuchung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Videoüberwachungsmaßnahmen des Staates im öffentlichen Raum mit und ohne biometrische Erkennungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der hermeneutischen Erkenntnismethoden im Verfassungsrecht*, zur Erlangung der Würde eines doctor iuris der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität, Würzburg.
- Gill, Martin and Angela Spriggs (2005), *Assessing the impact of CCTV, Home Office Research Study 292*, Home Office Research, Development and Statistics Directorate.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Feyyaz Gölcüklü (2011), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 9. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları).
- Gümüş, Ali Tarık (2010), *Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı*, (Konya: Eğitim Akademi Yayınları).
- Günaydın, Özgür (2014), *Türkiye'de Emniyet Teşkilatı'nda Teknolojik Yeniden Yapılanma: Denetim Ve Gözetimin Değişen Doğası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, (Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

- Güzel, İdris (2005), “Elektronik Gözetleme ve Kayıt Cihazlarının Güvenlik Amacıyla Kullanılması Sırasında Özel Hayata Yapılan Müdahaleler”, *Türkiye’de Özel Güvenlik Hizmetlerinin Dünü Bugünü ve Yarını, II. Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu* (Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Yayınları), Yayın No: 19 9.
- Hobbes, Thomas (1992), *Leviathan*, 6. Baskı, (İstanbul, Yapı Kredi Yayınları), (Çev. Semih Lim).
- Information Commissioner's Office (2008), CCTV Code of Practice, http://ico.org.uk/~media/documents/library/Data_Protection/Detailed_specialist_guides/ICO_CCTVFINAL_2301.pdf (06.07.2014).
- Innes, Martin (2003), *Understanding Social Control: Deviance, Crime and Social Order*, McGraw-Hill Education, Maidenhead, GBR.
- International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance (2013), Final Version 10 July 2013, <https://en.necessaryandproportionate.org/text> (06.06.2015)
- İbn-i Haldun (1982), *Mukaddime 1*, Ed. Süleyman Uludağ (Ed.), (İstanbul: Dergah Yayınları).
- İmre, Zahit (1974), "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 39(1-4): 147-168.
- İstanbul İl İnsan Hakları Kurulu, 21.12.2009 tarihli ve 82/5 sayılı kararı, <http://www.istanbul.gov.tr/Portals/InsanHaklari/docs/kamera%20takip.pdf>, 21.06.2014
- “Kamera Takmayan Yandı”, *Haber Kayseri*, <http://www.kayseriehaber.com/guncel-haber/kamera-takmayan-yandi.htm> (25.05.2014).
- Karakehya, Hakan (2009), “Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 28, sayı: 2, s. 319-357

- Kilkelly, Ursula (2001), *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Avrupa Konseyi.
- Köln Eyalet İş Mahkemesi (2004), *Köln Eyalet İş Mahkemesinin 15.12.2004 tarih ve 816/03 sayılı kararı*, s. 225, 227'dan akt: Tekergül, Mehmet (2010), İşyerinde Elektronik Gözetim, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı,(İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 101.
- Kugelmann, Dieter (2012), *Polizei- und Ordnungsrecht*, zweite Auflage, Springer-Verlag Berlin Heidelberg
- Küzeci, Elif (2011), "Anayasal Bir Hak; Kişisel Verilerin Korunması", *Bilişim*, 32(128).
- Küzeci, Elif (2012), "TC Kimlik Numarası: Hukuksal Bir Değerlendirme", *Türkiye'de Dijital Gözetim*, (İstanbul: Alternatif Bilişim Derneği).
- Küzeci, Elif (2014), "İstatistiki Birimler ve Bilginin Geleceğini Belirleme Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 32, 2014, s. 53-75.
- Locke, John (2012), *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 2. Baskı, (Ankara, Ebabel Yayınları) (Çev. Fahri Bakırcı).
- Lyon, David (1997), *Elektronik Göz*, Gözetim Toplumunun Yükselişi, (İstanbul: Sarmal Yayınevi) (Çev. Dilek Hattatoğlu).
- Manav, Eda (2015), "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y.2015. S.2.
- Marx, Gary T. (2002), "What's New About the "New Surveillance"? Classifying for Change and Continuity", *Surveillance & Society*, 1(1).
- Mudanya Sulh Ceza Mahkemesi, 02.11.2009 tarihli ve değişik iş 2009/324 sayılı karar.
- Mudanya Sulh Ceza Mahkemesi, 02.11.2009 tarihli ve değişik iş 2009/324 sayılı karara esas başvuru.
- Müller, Christoph and Daniel Boos, "Zurich Main Railway Station: A Typology of Public CCTV Systems", *Surveillance & Society*, Vol: 2, No:2/3.
- Norris, Clive and Gary,Armstrong (1999), *Maximum Surveillance Society : The Rise of CCTV*, (Oxford: Berg Publishers,GBR).

- Orwell, George (1883), *1984*, (İstanbul: Kelebek Yayınevi) (Çev. Armağan İlkin).
- Öğün, Süleyman Seyfi, “Güvenlik ve Özgürlük Sarkaçlanması”, *Yeni Şafak*, 25.07.2015, <http://yenisafak.com.tr/yazarlar/SuleymanSeyfiOgun/guvenlik-ve-ozgurruk-sarkaclarlani/33778>
- Pawson, Ray and Nick Tilley (1994), “What Works In Evaluation Research?”, *British Journal Criminal*, 34(3).
- Salihpaşaoğlu, Yaşar (2013), “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII (3).
- Scholler, Heinrich-Broß, Siegfried (1975), *Grunzüge des Polizei- und Ordnungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, juristischer Verlag GmbH, Karlsruhe.
- Smith, David James (1994), *The Sleep of Reason: The James Bulger Case*, (London: Faber and Faber LTD).
- Stephan, Ulrich-Deger, Johannes-Wöhrle Günter- Wolf, Heinz, Reiff, Hermann (2009), *Polizeigesetz für Baden-Württemberg Kommanter*, 6., vollständig überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck im Internet www.beck.de, Boorberg Stuttgart.
- T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Kişisel Verilerin Korunması Kanun Taslağı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> (03.07.2014).
- T.C. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü(2014), 2013 Yılı Faaliyet Raporu, (Ankara: Başak Matbaacılık).
- Tataroğlu, Nihal (2012), *Bir Kentsel Hak Olarak Güvenlik ve MOBESE Uygulaması*, (İzmir: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Tekergül, Mehmet (2010), *İşyerinde Elektronik Gözetim*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı,(İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Tezcan, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKTAR Oğuz (2002), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayınları,).

- Türk Dil Kurumu, *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts (18.05.2014).
- Waples, Sam, Martin Gill and Peter Fisher (2009), “Does Cctv Displace Crime?”, *Criminology & Criminal Justice*, (Published by SAGE), 9(2).
- Wittes, B. (2011), “Against a Crude Balance: Platform Security and the Hostile Symbiosis Between Liberty and Security”, *Project on Law and Security*, Harvard Law School and Brookings, http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2011/9/21%20platform%20security%20wittes/0921_platform_security_wittes.pdf den aktaran Erdoğan, Mustafa (2013), Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Güz.
- Yenisey, Feridun (2009), *Kolluk Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları).
- Yeşil, Bilge (2009), *Video Surveillance; Power and Privacy in Everyday Life*, (USA: LFB Scholarly Publishing LLCi El Pası)

BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi: Hukuksal ve Kurumsal İnceleme

Mete ERDEM*

ÖZET

1929 Büyük Ekonomik Buhranın yarattığı mali krizin bir daha yaşanmaması için İkinci Dünya Savaşı Sonunda *Bretton Woods* sistemi bir uluslararası para/finans hukuku rejimi yaratmak üzere kurulmuştur. 1973’de sistemin çökmesine rağmen, uluslararası mali düzen *Bretton Woods* kurumları IMF ve Dünya Bankasının *neoliberal* kapitalist makroekonomik politikaları ile şekillenmeye devam etmiştir. Sermaye piyasalarının liberalleşmesi dünya ekonomisinde finansal küreselleşmeye yol açmıştır. BRICS yükselen piyasa ekonomileri ve gelişmekte olan devletlerde ortaya çıkan küresel finans krizlerine bir tepki olarak global ekonomik idarenin değiştirilmesi ihtiyacıyla ortaya çıkmıştır. BRICS Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesi, *Bretton Woods* modeline karşı, yeni uluslararası finansal mimarinin yapı taşlarındandır.

Anahtar Kelimeler: Bretton Woods, IMF, uluslararası para/finans hukuku, küresel mali kriz, BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi, yeni uluslararası finansal mimari

BRICS Contingent Reserve Arrangement: A Legal and Institutional Study

ASBTRACT

The aftermath of the Second World War marked the establishment of the *Bretton Woods* system as the legal and institutional framework of the international monetary/financial order, with a view to avoiding the repetition of the Great Depression of 1929. Despite the collapse of the system in 1973, its institutions, IMF and World Bank continued to shape the international financial system by pursuing macroeconomic policies based on neoliberal capitalism. As a result, liberalisation of capital markets led to financial globalisation, thereby causing global financial crises. *BRICS* has emerged in part as a reaction to the existing global monetary/financial governance and its failure in crisis

* Avukat (İst.Baro), LL.B. (İst), MA (İst.), LL.M. (Exon), MPhil (Reading), PhD (Sheffield), halen Fulbright visiting scholar Georgetown University Law Center Washington DC. Bu çalışma, TÜBİTAK tarafından sağlanan mali destek ile Max Planck Uluslararası Hukuk Enstitüsü- Heidelberg’de yapılan araştırmalar sırasında Amerikan Uluslararası Hukuk Derneği (ASIL), Avrupa Uluslararası Hukuk Derneği (ESIL) ve Max Planck Uluslararası Hukuk Enstitüsü (MPIL) tarafından 11-12 Aralık 2015 tarihlerinde Heidelberg’te düzenlenen 'BRICS Çağında Transatlantik Ekonomik İdaresinin Geleceği' konulu uluslararası uzmanlar çalıştayına davetli tartışmacı olarak yapılan bir sunumdan geliştirilmiştir. Yazar, İnönü Üniversitesi Genel Sekreteri ve bir zaman Hukuk Müşaviri olan Av. *Metin Bulut*'a öneri ve düzeltmeleri için teşekkür borçludur.

prevention, management and resolution mostly in emerging market economies and developing countries. The study examines the BRICS Contingent Reserve Arrangement as one of the building blocks of a 'new international financial architecture' as forming against the *Bretton Woods* model of legal regulation and institutional governance in international financial law.

Keywords: Bretton Woods, IMF, international Money/finance law, global financial crisis, BRICS Contingent Reserve Arrangement, new international financial architecture

I. Giriş

2014 tarihinde Brezilya'nın Fortaleza şehrinde toplanan BRICS (Brezilya, Rusya, Hindistan, Çin ve Güney Afrika) devlet başkanları altıncı zirvesi, *Yeni Kalkınma Bankası Hakkında bir Anlaşma* ile *BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran bir Andlaşma*'yı imzalayarak, birlikteliğin kurumsallaşması yönünde önemli bir somut adım atmıştır¹. Böylece BRICS içerisinde kurulan ilk uluslararası mali teşkilatın yapılması, 2015 yılında Rusya'da yapılan yedinci devlet başkanları zirvesinde kabul edilen *Ufa Bildirisi* ile resmen yürürlüğe girmiştir². Ekonomik bir kriz halinde karşılıklı parasal destek sağlamak amacı güden bu yeni uluslararası finans mekanizması, küresel anlamda mali güvenlik ağının bir parçası olarak düşünülmüştür³. Ancak bu oluşumun arkasındaki temel neden, İkinci Dünya Savaşından sonra hukuken uluslararası mali düzenlemeleri yapmak ve yürütmek üzere kurulan *Bretton Woods* örgütlenmesinin işleyişinden tatmin olmayan *gelişmekte* olan devletler arasında uzun bir süredir artan memnuniyetsizliğin yol açtığı şikayetlerdir⁴. Bu durum aslında uluslararası ekonomi hukukunda ticarete dair çok daha köklü yapısal bir sorunun dışa yansımadır⁵. BRICS devletleri bünyesinde ortaya çıkan Yeni Kalkınma Bankası ve Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi şeklindeki örgütsel yapılanma, bu anlamda

¹ Bkz. Brezilya Dışişleri Bakanlığı BRICS resmi portalı, <http://brics.itamaraty.gov.br>; the Agreement on the New Development Bank and the Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement, metinler için bkz. <http://www.brics.utoronto.ca/docs/>

² Ufa Declaration para.2, VII. BRICS Summit, Ufa, Russia, 9 July 2015, <http://en.brics2015.ru/documents/> ; <http://www.brics.utoronto.ca/docs/>

³ A.g.e., para.16.

⁴ A.g.e., para.11.

⁵ Uluslararası ticarete paranın değişimi ve ödemeler dengesine ilişkin temel hususlar için bkz. Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* (Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008) 9-19.

mevcut küresel para mübadele ve dolaşımının idaresi bakımından son zamanlarda oldukça tartışılan ‘yeni bir uluslararası finansal yapının’ ihdas edilmesi ihtiyacı ile doğrudan ilişkilidir⁶.

Bu çalışmanın amacı, BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini hukuksal ve kurumsal açıdan incelemektir. Bu çerçevede, *Bretton Woods* kurumlarına karşı bir alternatif mahiyetteki bu oluşumun etkisini değerlendirebilmek için, ilk alt başlık altında gelişmiş batılı ekonomiler ekseninde uluslararası para ve finans hukukunun ortaya çıkışı, örgütsel menşei, amaçları ve yapısı tarihsel gelişimi içerisinde kısaca özetlenmiştir. İkinci alt başlık altında ilk olarak, son yıllarda yaşanan bölgesel ve uluslararası ekonomik krizler ile küresel mali istikrarsızlığa neden olan mevcut uluslararası hukuk düzeni içerisindeki yapısal eksiklik ve yetersizliklerin nasıl yeni bir uluslararası finansal yapılanma ihtiyacı doğurduğu hususu incelenmiştir. Daha sonra bu düzen içerisinde ‘uluslararası para’ arzının kontrolüne ilişkin temel yapısal sorunların somutlaştırılmasına çalışılmıştır. Üçüncü alt başlık, klasik *laissez-faire* liberal ideolojinin bu kez *neoliberal* kapitalizm şeklinde küresel olarak dirilişinin yarattığı finansal krizlere sınırlı anlamda bir tepki olarak ortaya çıkan BRICS oluşumu ve mali örgütlenmesi içerisinde Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini kuran Andlaşmanın içerdiği kurumsal yapıya ve bu yapının işleyişine ilişkin idari hükümlerin incelenmesine ayrılmıştır. Son bölümde ise, henüz faaliyete geçen Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin yeni bir uluslararası finansal düzenin tasarımı içerisinde gelecekteki olası rolü, etkisi ve cazibesi tartışma konusu yapılmıştır.

Çalışma, son yıllarda ortaya çıkan küresel mali krizlerin ve halen devam eden bazı devletlerin kamusal dış borçlanma krizinin (*sovereign debt crisis*) Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankasının işlevi ve amaca uygunluğunu bir kez daha tartışmaya açtığını ve Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin yeni uluslararası finansal mimarinin bir yapı taşı olarak bu alanda uluslararası hukukun şekillenmesine sınırlı da olsa katkıda bulunacağını savunmaktadır.

⁶ Mayamiko Bizwick, Nicolette Cattaneo & David Fryer, ‘The Rationale for and Potential Role of the BRICS Contingent Reserve Arrangement’ (2015) 22 *South African J. Int'l Affairs* 307-8; Yeni bir uluslararası finansal mimarinin gereği için genel olarak bkz. Barry Eichengreen, *Toward a New International Financial Architecture: A Practical Post-Asia Agenda* (Washington, DC: Institute for International Economics, 1999).

II. *Bretton Woods* Sisteminin Kısa Tarihi ve Uluslararası Para ve Finans Düzeni

İkinci Dünya Savaşından önce devletlerin para ilişkilerini ve buna dair davranışlarını düzenleyen bir uluslararası hukuk rejiminin varlığından söz edebilmek mümkün değildir⁷. O dönemde, artık uygulamada değerini yitirmiş ve yerini klasik ekonomi teorilerine bırakmış olan orta çağın ‘adil fiyat’ (*just price*) düşüncesi ile merkantilist anlayışının bazı kalıntıları varlığını sürdürmekteydi. Ancak tarihsel olarak, orta çağın ticari ve endüstriyel ilişkileri ve yapısının çökmesiyle onun yerine geçen merkantilizm, Avrupa ülkelerinde güçlü merkezi ulus-devlet modeli yaratmaya yönelik ekonomik politikaları içeren bir sistem olarak ortaya çıkmıştı⁸. Merkantilizmin onaltı ve onsekizinci yüzyıllar arasında rağbet gören ve pratik öneme sahip bazı ekonomik problemlere bu yaklaşımı, daha sonraki yüzyılda da devletlerin makroekonomik politikalarını etkilemeye devam etmiştir.

1. *Bretton Woods* Öncesi Makroekonomik Düzen

Onyedinci yüzyılda mutlak merkezîyetçi monarşinin zirvesinde Fransa kralı 14. Louis ve danışmanı *Mazarin* ile onun yerine geçen maliye bakanı *Jean-Baptiste Colbert*, devletin servetini sahip olduğu altın ve gümüş miktarı ile ölçen bir ekonomik politika izlemeye başlamışlardı⁹. *Adam Smith* devletin servetini altın ve gümüşten ibaret gören bu görüşü eleştirirken, bunun tek hedefinin ulusal endüstri ve ticaretin en büyük amacı olarak bu değerli metalleri çoğaltmak olduğunu belirtmiş ve merkantilizmin dayandığı iki ilkeyi şöyle tanımlamıştır:

‘kendisinde maden bulunmayan bir ülkeye bu metaller, sadece ya ticaret dengesi ile ya da ithal ettiği için daha yüksek değerde ihracatta bulunarak getirilebilir; siyasi ekonominin en büyük gayesi ise, ülke tüketimi için yabancı malların ithalatını olabildiğince çok azaltmayı ve yerli endüstri ürünlerinin ihracatını olabildiğince çok arttırmayı gerektirir. Bu [görüşün] ülkenin zenginleşmesi için iki

⁷ Lowenfeld (2008), *International Economic Law* 598.

⁸ Takashi Negishi, *History of Economic Theory* (Amsterdam: Elsevier, 1989) 8-11.

⁹ Genel olarak bkz. Glenn J. Ames, *Colbert, Mercantilism and the French Quest for the Asian Trade* (Illinois: Northern Illinois University Press, 1996).

büyük motoru, ithalat üzerindeki sınırlamalar ile ihracatı teşviktir.¹⁰

Uluslararası ticarete altını ölçüt kabul eden bir sistemin, ithalat ve ihracatta ödemeler ve kambiyo mekanizmaları üzerinde etkisi de kaçınılmaz olmuştur. Nitekim bu açıdan salt altın standardına dayanan bir sistem, ülkedeki ulusal para biriminin eldeki altın miktarı ile tanımlanmasını ve böylece paranın diğer yabancı paralar karşısında sabit bir kur üzerinden değerlendirilmesini sağlar. Tedavüle kâğıt para sürülen bir ülkede ulusal hazine veya merkez bankası, altın karşılığı ilan ettiği belli bir orana bağlı olarak para basma taahhüdü altına girmiş olur. Böylece tedavüldeki para miktarı, birebir oranda olmasa da, belli bir oranda altın kuruna sabitlenmiş olur. Uluslararası döviz arbitrajı ve ödemeler sistemi bakımından sabit kurun korunmasının bazı avantajları vardır; hem paranın değerinde tahrifatı önler ve hem de bir derece öngörülebilirlik getirir. Altına sabitlenmiş bir kurun teorik olarak kendi içerisinde ekonomide denge sağlayacak bir düzelme mekanizması içerdiği varsayılmıştır¹¹. Ama gerçek hayatta ekonomik daralma, bunalım, işsizlik ve enflasyonla karşı karşıya kalan bir ülkenin genellikle korumacı tedbirlere başvurarak ihracatını arttırma ve ithalatını azaltmanın yollarını aradığı görülür¹².

Nitekim bu dönemde ülkeler arasında ikili anlaşmaların dışında ticari ilişkileri düzenleyen veya teşvik eden herhangi bir çok taraflı kapsamlı anlaşma veya uluslararası kuruluş bulunmadığı için, modern anlamda bir dünya ticaret sisteminden söz etmek de mümkün değildi¹³. Birinci Dünya Savaşıyla, Fransa ve Almanya gibi diğer büyük ekonomilerin para birimleri gibi, İngiltere salt altın standardına sabitlenen İngiliz Sterlininin değerini koruyamaması sebebi ile serbest kura geçmiş ve böylece sabit kur sistemi çökmüştür. Sadece kısa bir süre için ABD hariç, diğer bütün gelişmiş devletler iki Dünya Savaşı arasındaki dönemde hiç bir uluslararası kurala tabi olmadan ulusal çıkarları doğrultusunda

¹⁰ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Hampshire: Harriman House, 2007) 289.

¹¹ Bkz Hume'un 'Of the Balance of Trade' in Eugene F. Miller (Ed), *David Hume's Essays: Moral, Political and Literary* (Liberty Fund, 1987) Part II:V.

¹² Lowenfeld (2008), *International Economic Law* 10-2.

¹³ Mark J. Wolff, 'Failure of the International Monetary Fund & World Bank to Achieve Integral Development: A Critical Historical Assessment of Bretton Woods Institutions Policies, Structure & Governance' (2013-2014) 41 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 76.

sınırlarını ithalata kapatmış ve kendi paralarının uluslararası tedavülde dolaşmasına tek taraflı olarak hiç bir denetim mekanizmasına tabi olmadan müdahale etmeye başlamışlardı. Dünya çapında ciddi ekonomik durgunluk ve işsizlik yaşayan devletler, bu darboğazdan çıkabilmek için rekabetçi devalüasyon, çok seviyeli değişken döviz kurları, ticaret sınırlamaları ve sübvansiyonun yanı sıra ekonomik daralmayı dışa yönlendirmek için gerekli gördükleri diğer her türlü korumacı denetim tedbirlerini almaktan çekinmediler.

Böylece uluslararası para sisteminde bir kaos sürecine girildi. Bütün devletleri derinden etkileyen 1929 Büyük Ekonomik Buhranı, bu süreçte İkinci Dünya Savaşı'nın çıkmasındaki en önemli nedenlerden biri olarak görülmüştür¹⁴. İki Dünya Savaşı arasındaki dönemde devletlerin karşılıklı para ilişkilerindeki tek taraflı belirleyici tutumu, savaş sonrasında sabit döviz kurlarına bağlı çok taraflı bir düzenleyici sistemin lüzumu hakkında en azından galip devletler arasında bir görüş birliği yaratmıştır.

2. Bretton Woods Konferansı ve Uluslararası Para/Finans Hukuku Rejimi

Henüz İkinci Dünya Savaşı bitmeden 1944 yılının Temmuz ayında İngiltere ve ABD ile beraber¹⁵ bunların müttefikleri konumundaki kırkdört devletin temsilcisi, *Bretton Woods, New Hampshire*'da toplanmış ve uluslararası para/finans hukuku rejimi ihdas etmek ve bunun uygulanmasını sağlamak üzere daimi bir uluslararası teşkilat kurmak için çok taraflı bir uluslararası andlaşma imzalamışlardır¹⁶. Bu ülkelerin paylaştığı ortak görüş, iki Dünya Savaşı arasında yaşanan uluslararası ekonomik istikrarsızlığın bir kez daha yaşanmaması idi. Bu dönemde eksikliği derin bir şekilde hissedilen bir finansal sistemin kurulması gerekiyordu ve bu şekilde uluslararası ödemelerin bir hukuki düzene bağlanması şarttı.

¹⁴ 1929 Büyük Buhranın ayrıntı bir incelemesi için bkz. John Arthur Garraty, *The Great Depression: an inquiry into the causes, course, and consequences of the worldwide depression of the nineteen-thirties, as seen by contemporaries and in the light of history* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1986).

¹⁵ Barışın yanısıra uluslararası mali istikrar ve eşit uluslar arasında serbest ticaret hususunda görüşme ve planlamalar 1942 yılında İngiltere ve ABD arasında başlamıştır.

¹⁶ Bretton Woods Andlaşmasının siyasi menşei için bkz. G. John Ikenberry, 'The Political Origins of Bretton Woods' in Michael D. Burdo & Berry Eichengreen (Eds), *A Retrospective on the Bretton Woods System: Lessons for International Monetary Reform* (Chicago: University of Chicago, 1993) 155.

Ancak böyle bir sistem sayesinde Büyük Buhran sırasında dünya ekonomisini felç eden ulusal paraların ani değer kaybı veya döviz mübadele kurlarındaki aşırı dalgalanmalar riski asgariye indirilebilirdi. Ekonomik gelişme için ulusal ekonomilerin bütünleşerek uluslararası ticaretin serbest bir şekilde yapılmasının sağlanması gerekiyordu. Bu yeni hukuk rejimi, ayırım gözetmeme ve sabit para mübadelesi kuru gibi ekonomik ilkelerle, söz konusu değişim mekanizması üzerindeki hükümet kontrollerinden ve aynı zamanda mal, hizmet ve kredi akışını tahrif edecek her türlü müdahale ve tedbirlerden kaçınmayı öngören çok taraflı açık (liberal) bir uluslararası ticaret sistemini içermek üzere tasarlanmıştı¹⁷.

Bu genel ilkeler etrafında kurulacak sistemin üç unsuru içermesi öngörülmüştü: ilk olarak, sistem birbiriyle bağlantılı uluslararası sözleşmeler ve örgütler düzenine dayanan resmi ve kurumsal bir yapıya sahip olacaktı. İkinci olarak, ulusal finans piyasaları sınırlı sermaye akışıyla ‘kapalı’ piyasalar görünümünü korumasına karşılık, malların ticareti bakımından açık hale gelecekti. Üçüncü olarak ise, kapalı ulusal sistemler arasındaki ilişkiler bir uluslararası örgütsel çerçeve etrafında düzenlenecekti¹⁸. *Bretton Woods* Konferansı bu çerçeve içerisinde uluslararası para sistemini düzenleyen temel hukuk kurallarını, usulleri ve kurumlarını ihdas eden bir yapıyı hayata geçirmiş oldu.

Birinci Dünya Savaşından önce kullanılan salt altın ölçütüne uygulamada geri dönebilmenin imkânsızlığı anlaşıldıktan sonra, devletler en azından buna paralel bir sistem içerisinde kağıt parayı tek başına esas almaktan ziyade ulusal paraların altına sabitlenmiş olarak tedavülde dolaşmasına dayanan bir sistemi benimsemeyi uygun görmüşlerdir.

Bretton Woods sistemi olarak anılan bu uluslararası para/finans düzeninin dört temel yapı taşı üzerine kurulduğu görülmektedir: i.) *Amerikan Dolarına Bağlı Ayarlanabilir Bir Kambiyo Rejimi*: Her üye devlet kendi ulusal para sisteminin altın rezervlerine göre paritesini

¹⁷ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Michael D. Bordo, ‘The Bretton Woods International Monetary System: A Historical Overview’ in Michael D. Burdo & Berry Eichengreen (Eds), *A Retrospective on the Bretton Woods System: Lessons for International Monetary Reform* (Chicago: University of Chicago, 1993) 28-37.

¹⁸ Douglas W. Arner (2008), ‘The Developing Discipline of International Financial Law’, in Colin B. Picker, Isabella D. Bunn and Douglas W. Arner (eds), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline* (Oxford: Hart), 246.

belirleyecek ve parasının döviz çapraz kurlarını uluslararası döviz piyasalarına müdahale ederek bu paritenin %1 altında veya üstünde kalacak şekilde koruyacaktır. Bu bakımdan ABD doları tek döviz rezerv birimi kabul edilmiş ve dolara güvenin sürdürülebilmesi için ABD ayrıca doları altına bağlamıştır. Böylece Amerikan dolarının değeri, her bir onsa (28.3 gr) oranla \$35 olarak tespit edilmiştir. ii.) *Üye Devletlerin Para Birimlerinin Değiştirilebilmesini Garanti Eden Bir Sistem*: Üye devletler cari hesapları için para birimlerinin döviz çevrilebilirliğini sağlamak zorundadırlar. Ayırım gözetken kambiyo uygulamaları ve para değiştirilmesine ilişkin düzenlemeler getirmek ve varsa bunları muhafaza etmek yeni rejim altında yasaklanmıştır. iii.) *Para Rezervlerinin Yeterli Arzını Temin Eden Bir Sistem*: İhdas edilen kurumsal yapı ile üye devletlerin ihtiyaç halinde kısa veya orta vadeli ödemeler dengesindeki açığı finanse edebilmelerine imkan verecek kaynakları kullanabilmeleri için tahsis edilmiştir. Üyelerin kotalarından oluşan fon, ödemeler dengesinde açık veren ülkelerin tedavülde bulunan para miktarındaki daralmayı sınırlamak amacıyla oluşturulan para rezervidir ve kullanımına belli şartlar altında izin verilecektir. iv.) *Para Meselelerinde Uluslararası İşbirliği İçin Bir Forum*: Bretton Woods sisteminin getirdiği kurumsal yapılanma üye devletlerin atadığı temsilcileri dolayısı ile ilgili para düzenlemeleri hakkında söz sahibi olmasına imkan verir. Böylece önemli uluslararası mali sonuçları olan siyasal kararları almak üzere işbirliği içerisine girebilecekleri bir forum yaratılmış olur. Ancak karar alma usul ve nisabı her üye devletin ekonomik gücüne sabitlenen bir kotaya bağlandı için, sistem çok sert eleştirilere maruz kalmıştır.¹⁹

Bu şekilde öngörülen istikrarlı döviz mübadele kurları sistemi aslında finans, yatırım ve ticaret alanlarında istikrarı sağlamak düşüncesindeydi. Bunun gerçekleşmesi için ise üçlü bir örgütlenme yapısı tasarlanmıştır. Sermaye dolaşımı ulusal ekonomiler tarafından sınırlanacağı için, *Uluslararası Para Fonu* (IMF) sermayenin dolaşımını izlemek ve gerektiğinde düzenli değişim ayarlamalarını sağlamak üzere kurulmuştur. Örgütlenmenin ikinci ayağı olan *Dünya Bankası* (Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası) ise kısaca savaş sonrası yeniden inşa edilecek uluslararası ekonominin gerçekleşmesi için finansal yatırımları sağlamak amacıyla kurulmuştur. Bu çerçevede

¹⁹ Junji Nakagawa, 'Reconstructing Global Monetary/Financial Governance Beyond Bretton Woods System' (2010) 53 *Japanese YIL* 103-5.

uluslararası ticari bağlantıların yeniden kurulabilmesi için, ticari anlaşmaların idaresi ve ticari engellerin ortadan kaldırılmasını sağlayacak bir *Uluslararası Ticaret Örgütü*nün kurulması üzerinde uzlaşmıştır.²⁰

3. Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler

Bretton Woods uluslararası ekonomik sisteminin öngörüldüğü şekilde uygulamada ortaya çıkmadığı bir gerçektir. Savaş sonrası uluslararası ticaret bağlantıları, Uluslararası Ticaret Örgütü'nün (UTÖ) önderliğinde uluslararası ticaretin önündeki engellerin azaltılması ve ticareti sınırlayıcı anlaşmaların bir denetime tabi tutulmasıyla yeniden kurulacaktı. Ancak ABD ve Fransa'nın bazı siyasi çekinceleri yüzünden UTÖ başarısızlığa uğradı ve ticari ilişkilerin karşılıklı görüşmeler sürecine dayanan bir sistem içerisinde düzenlenmesi kabul edildi. Hemen ortaya çıkan bir ikinci güçlük ise Dünya Bankasının savaş sonrası yeniden yapılanmayı sağlama görevinin ABD tarafından uygulamaya konulan *Marshall Planı* gibi ikili ilişkilere dayanan tek taraflı çabalar ile fiilen atıl hale gelmesiydi. Bunlara rağmen, sabit değişim kurlarına dayanan uluslararası para sistemi IMF ekseninde nispeten başarı ile kuruldu ve bu sistem, ABD'nin tek taraflı olarak dolar ile altın arasındaki sabit kur bağlantısını bozduğu 1973 yılına kadar devam etti.

Savaş sonrasındaki ilk dönemde IMF'nin uluslararası mali sistemin oluşturulmasındaki temel rolü, daha çok gelişmiş ekonomiler ile kur oranlarını ayarlamak arasında bir işlev görmeye odaklanmıştır. Bunun bir temel nedeni, ABD dışındaki üye devletlerin mübadele oranları üzerinde etkin kontrol icra etmeyi sürdürmesidir. Ayrıca bu devletler ticari ortakları ile aralarında ikili ödeme anlaşmaları yapmaya devam etmişlerdir. Uluslararası döviz rezervlerinin daralması, bu durumu haklı kılmaktaydı. Avrupa'daki altın ve dolar rezervlerinin tükenmeye başlaması ile pek çok ülke ciddi oranlarda cari hesap açığı sorunu ile karşılaştı. Bu tipik durum, savaş yorgunu ülkelerde temel ithal ürünlerine olan ani talep artışı karşısında azalan ihracat kapasitesinin bir ifadesiydi. Böylece IMF'nin karşılaştığı iki ciddi problemden bir tanesi piyasada Amerikan doları sıkıntısı yaşanması ve diğeri, kur denetiminin tek taraflı olarak yapılması

²⁰ Barham Brown, 'IMF Governance, the Asian Financial Crisis, and the New International Financial Architecture' in Sienho Yee & Wang Tieya (Eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (London: Routledge, 2003) 132-4.

idi.²¹ Enflasyon ve cari hesap açığına çözüm 1958 yılının sonunda alınan bir dizi tedbirler sayesinde geldi. ABD'nin *Marshall* Planı ve yeni kurulan Avrupa Ödemeler Birliği ile ABD tarafından yapılan nakit para yardımı ve cari hesap transferleri için döviz değişimi rejiminin başarıyla uygulanması çözümler üretti. Ulusal paraların dövize tam çevrilebilirliği, çapraz kurda doların zamanla Sterlin karşısında uluslararası para piyasasının tek müdahale ve dengeleme birimi olarak rolünü arttırdı. Bu şekilde ABD dolarının uluslararası rezervlerin tek kaynağı olarak kullanılmasına imkân sağladı.

Böylece 1970'lere doğru uluslararası sermaye akışı tamamen Amerikan doları üzerinden yapılmaya başladı. 1967 yılına kadar altın ve dolar standardına sabitlenmiş para değişim oranları döviz paritelerine istikrarı getirdi. Ancak bu durum ABD'nin ödemeler dengesindeki açığın zamanla artması sonucu, üç problemi beraberinde getirdi: a) borçlu devletlerin kendi ödemeler dengesinde gereken ayarlamaları yapabileme kabiliyetini kaybetmesi; b) üretim ve ticaretteki artışı finans edecek altın/dolar arzının yeterli olmaması; ve c) altın karşısında sabit dolar oranına olan güvenin kaybolmaya başlaması. 1960'lardan başlayarak, IMF bünyesinde bu duruma öncelikle kendisine ayrılan kaynaklarda artış ile daha sonra da altın standardına bağlanan yeni yapay bir para biriminin yaratılması yoluyla çözüm arandı. Nitekim bu son yöntem ile 1968 yılında özel çekme haklarının (*special drawing rights* SDR) kullanıma açık bir ek kaynak olarak uluslararası para rezervine katılmasını sağlandı.

Ancak 1971 Ağustos ayında ABD'nin, yabancıların elindeki dolar rezervlerinin altın karşılığını garanti etmekten kaçınması ve doların diğer para birimlerine otomatik çevrilebilirliğini durdurması üzerine, altın standardı sistemi çökmüş oldu. Yüksek enflasyon ve Amerikan dolarının değer kaybına uğramaya başlamasıyla, 1973 Mart ayında dövizde serbest piyasa kuruna geçildi. Bu gelişmeler IMF'nin uluslararası mali sistem içerisindeki para değişim oranlarını düzenleme rolünü etkilemiştir. Böylece IMF Andlaşma hükümlerinde yapılan değişikliklerle, dönemsel para mübadele krizleri yaşayan ekonomilere belli koşullarla borç sağlamak temel faaliyet odağı haline gelmiştir. Oysa IMF'nin başlangıçtaki amacı, cari hesap açığı bir kaç sene gibi kısa dönem içerisinde düzeltilebilecek olan ekonomilerin finansmanına yardım

²¹ Nakagawa (2010), 'Reconstructing' 105.

etmekti. 1990'lı yıllara gelindiğinde ise, IMF'nin gelişmekte olan ekonomilere borç verme politikalarını şartlılık ilkesine bağlayarak, sermaye akışını serbestleştirmek ve ulusal piyasaların açılmasını teşvik etmek amacını benimsediği görülür.

4. Uluslararası Para/Finans Sisteminin Yapısal Sorunları

En yalın ifadesi ile mevcut sistemde devletlerin sahip olduğu 'uluslararası para' iki kaynaktan gelebilir. Birinci olarak, üye devletlerin IMF nezdinde sahip oldukları 'kotalar'dır. İkincisi ise kendi hazinelerinde bulunan döviz rezervleridir ki bu çevrilebilir dövizler çoğunlukla ABD dolarıdır. Bir devlet için, meğerki IMF'deki kotalarda bir artış söz konusu olmasın, prensip itibarıyla kendi döviz rezervlerini arttırabilmesinin tek yolu aslında ödemeler dengesinde pozitif geçmesi yani fazla vermesi halidir. Bir başka ifade ile siyahta olmasıdır. Eğer bu fazla miktar ABD doları üzerinden ise o zaman doğal olarak dünya piyasasında Amerikan dolarının arzında bir artış ortaya çıkmış olacaktır. Ama eğer bu fazla başka ülkelerin para birimleri bakımından ortaya çıkmış ise o halde mevcut para arzı sadece yeniden tahsis edilmiş olur²². Bu denklemin pratik sonucu olarak, bütün dünyadaki para piyasasında dolar arzının artması, ABD dışındaki devletlerin bir bütün olarak cari hesaplarında fazla vermelerine bağlıdır; yani ABD'nin cari hesap açığı vermesi gerekir. Doların tedavüldeki miktarını ABD belirlediğine göre, bu durum iki olasılıkta da ABD'in mali politikalarına bağlı olacaktır.

Bunun dışındaki bir diğer uluslararası para kaynağı olan *IMF kotaları* bakımından, 'Andlaşma Maddeleri' üye ülkelerin kota tahsislerini beş yılda bir dönemsel olarak gözden geçirileceğini öngörür. Kota artışları yeni üyelerin katılımı ile olabileceği gibi, bazı üyeler bakımından özel olarak anlaşma ile de olabilir. Anlaşma yolu ile kota artışı nitelikli oy çoğunluğuna tabidir. Karar nisabı %85 oy çoğunluğunu gerektirir. Örneğin 2008 tarihli reform paketi en az 111 devletin onayını gerektirmiştir. ABD'nin ağırlıklı oy hakkı %17 oranında olduğu için fiilen veto hakkına sahiptir²³. Eğer kotalarda bir artış sağlanamaz ise, bunun bir sonucu olarak ülkelerin ticareti arttıkça ortaya çıkan para ihtiyacını ancak kendi dolar rezervlerini arttırmak suretiyle karşılamak zorunda

²² Manmohan Agarwal, 'The Contingent Reserve Arrangement and the International Monetary System' (2014) 19 *Analysis* 1.

²³ Sarah Tenney and Norman K. Humphreys, *Historical Dictionary of the International Monetary Fund* (Third edn, Lanham: Scarecrow, 2011) 251-3.

kalacaklardır. Bunun pratik anlamı, devletlerin dolar satın alarak aslında ABD'ye düşük faiz ile borç temin etmesidir. Bu açıdan, IMF kotalarının artmaması ABD lehine bir durum yaratmaktadır. ABD'nin IMF kotaları üzerindeki bu kontrolü mevcut finans sistemi içerisinde 'uluslararası para' arzını diğer bütün devletlerin kontrolünün dışına çekmektedir. 2008 tarihli reform paketinin ABD Kongresinde reddedilmesinin yarattığı çıkmaz budur²⁴.

Ödemeler dengesinde verilen açığın finans edilmesi bakımından ise iki durum söz konusu olabilir. İlk durum özel finansmandır. Bu halde ödemeler dengesinde açık veren bir devlet, bu açığı kapatmak için özel sermaye piyasalarından borçlanmaya yönelir. En yaygın şekli ile devlet ya tahvillerini satış için özel sermayeye arz eder ya da özel ticari bankalardan borç alır. Bu tarzda normal hesap açıklarının kapatılması için özel finansman sağlanması günümüzde çoğu devletlerin başvurduğu bir modern finans yöntemi haline gelmiştir. Ancak mali krizle karşılaşan bir ülke bazen bu özel finansman kaynaklarının da daraldığını görmektedir. Bu durumda, özel finansmanın eksikliği başlı başına krize neden olabilir. Her halükarda özel finansman yolları tükenen bir devlet, çareyi resmi yollardan kredi aramakta bulur. Çoğu kez IMF'den borç almak tek seçenek haline gelebilir²⁵. IMF'den mali yardım talep eden bir devletin ihtiyaç duyduğu borç miktarı, IMF'in kendisine tanıdığı borçlanma haklarının çok üzerinde olabilir. Kendisine tahsis edilen kotaların üzerindeki ihtiyaçlar için hususi tahsisatın yapılması gerektirir. Hususi finansman tahsisatı ihtiyari olduğu için, özel nitelikteki hükümlere tabi kılınır. Bu hükümler hem ekonomik hem de siyasi bazı koşulları içerir. Nitekim IMF'nin geçmişteki şaibeli uygulamaları borç alma koşullarını oldukça sert kriterlere bağlamıştır ve çoğu kez bu koşulların söz konusu edildiği meselelerin aslında krizin kendisi ile doğrudan hiç bir ilgisi olmayan belli bir siyasi gündemin dayatması olarak yapılmıştır²⁶. Örneğin, 1997-1998 Güney Doğu Asya ekonomik krizinin arkasındaki temel neden, özel sektörün aşırı borç altına girmesiydi. Ancak tuhaf bir

²⁴ Bkz. aşağıda not. 124.

²⁵ Agarwal (2014), 'The Contingent Reserve Arrangement' 2.

²⁶ IMF'nin şartlılık politikaları için bkz. Ilias Bantekas, 'New Challenges and Issues in International Finance Law' in Yusuf Aksar (ed.), *Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2011) 62-3.

şekilde IMF bu ülkelere verdiği krediyi özelleştirme şartına bağlamıştır²⁷. Yine yakın geçmişte IMF kredilerinin, özel sektör tarafından yapılan aşırı borçlanmanın yarattığı ekonomik krizlerde kamu sektörü ve maliyesine getirilen sınırlamalar ve koşulları öngörmesi ahlaki bir tehlike olarak eleştirilmiştir.

IMF'nin *neoliberal* kapitalizme dayanan şartlılık politikaları ve güvence tedbirleri, devletler arasında IMF'e karşı güven bunalımı ve isteksizlik yaratmıştır. Çoğu devlet, IMF kredisi yerine bir ön tedbir olarak kendi döviz rezervlerini oluşturmaya başlamıştır. Ancak bu yaklaşımda uluslararası para sisteminin işleyişinde farklı nitelikte ek bir sorun yaratmaktadır. Şöyle ki, nispeten fakir devletlerin para rezervlerini biriktirme eğilimi içerisinde girmeleri uygulamada dolayısıyla bu devletler tarafından aslında kendilerinden çok daha fazla zengin olan ABD'ye borç vermesi anlamına gelir. Bu da ekonomik olarak para kaynaklarının yanlış tahsisi sorununu yaratır²⁸. Doğal olarak böyle bir durum, kendi lehine olduğu için, ABD'ni mevcut sistemi değiştirmemek hususunda teşvik etmektedir.

Agarwal, yukarıdaki her bir durumun kendi içerisinde barındırdığı güçlüklerle işaret ederek, devletlerin ödemeler dengesindeki açığını finanse edebileceği miktarın aslında sınırlı olduğunu ifade eder²⁹. Nitekim bunu fark eden devletler, cari açığı finanse edilebilir bir seviyede tutabilmek amacıyla, kendilerini harcamaları kıstak ve hesaplarını denkleştirmek için ciddi bir baskının altında hissetmeye başlamışlardır. Oysa benzeri bir baskı, cari hesap fazlası olan devletler bakımından söz konusu değildir. Cari hesabı siyahta olan bir devletin artık rezervlerini birikmesini sınırlayacak tek faktör, para rezervlerinin artmasının yol açacağı yüksek para arzıdır. Talebi aşan para arzı, ilke olarak enflasyonun artması riskini taşır. Ama cari hesap fazlası olan bir devlet enflasyonu kontrol eden önlemleri aldığı sürece, kendisini ödemeler dengesini korumak hususunda herhangi bir zorunluluk ve baskı altında hissetmeyecektir. Bu bakımdan, ABD ile diğer devletler arasında asimetrik bir ilişki vardır. Şöyle ki, eğer diğer devletler ödemeler dengesinde açık

²⁷ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Eva Reisenhuber, *The International Monetary Fund under Constraint: Legitimacy of its Crises Management* (The Hague: Kluwer Law Int'l, 2001) 75-131.

²⁸ Agarwal (2014), 'The Contingent Reserve Arrangement' 2.

²⁹ *Id.*

vermeye başlarsa, bunu bir yolla kapatmaları gerekir; yoksa kendilerini mevcut para rezervlerini tüketme tehlikesi içerisinde bulurlar. Öte yandan, eğer ABD cari açık verirse, herhangi bir denkleştirici tedbir almasına gerek yoktur, çünkü Amerikan doları ‘uluslararası para’ olduğu için zaten diğer devletler, ABD’nin arza sunmak üzere bastığı doları ellerinde tutmaya isteklidirler. Bütün bunların ötesinde, *Bretton Woods* para sistemi içerisinde özellikle cari hesaplarında ödemeler dengesi açık veren devletler için bu tür denkleştirici tedbirleri alabilmek imkânları finansal küreselleşme yüzünden karmaşık bir görünüm kazanmıştır.

5. Neoliberalizm, Finansal Küreselleşme ve Küresel Krizler

Bretton Woods kurumsallaşması, İngiliz ekonomist Keynes’in tam istihdam ve ekonomik istikrar amaçlı eski emperyalist imtiyaz sistemi ve iki taraflı ticari ilişkiler esası yerine Amerikan diplomat White’in açık, ayırım gözetmeyen ve çok taraflı ticaret sistemine dayanan ekonomik politikalar etrafında şekillenmiştir³⁰. Ancak ilk yıllarda IMF ve Dünya Bankasının ekonomi politikalarının, Keynes’in ekonomik teorileri ve sosyal refah düşüncesinden etkilendiği görülmüştür³¹. Keynes, bir anlamda ekonomilerin kötüye gitmesinin nedenini piyasada toplam talebin yeterince yaratılmamasına bağlar. Üretim fazlasına karşı gereken talebin oluşturulmasına cari para politikalarının etkili olmadığı hallerde, hükümetler kendi alacağı mali tedbirlere dayanarak ya kamu harcamalarını arttırmak ya da vergileri düşürmek suretiyle işsizliğin önüne geçebilir ve ekonomiye istikrar getirebilir. Bunun arkasındaki temel düşünce, piyasa güçlerinin kendi başına bir düzeltme mekanizması bulunmadığı varsayımdır³².

Ancak 1980’lerin ortasından itibaren IMF ve Dünya Bankasının ekonomik politikaları üzerinde *Chicago* Okulunun ‘serbest piyasada tam rekabete dayanan ekonomik etkinlik’ görüşünün hakim olmaya başladığı görülmüştür.³³ Bu durum, IMF, Dünya Bankası ve ABD Hazine’si arasında ‘*Washington Consensus*’ olarak adlandırılan ve gelişmekte olan ülkelere uygulanacak olan sözde “doğru” politikalar üzerinde bir

³⁰ Ikenberry (1993), ‘The Political Origins of Bretton Woods’ 155-6.

³¹ *Id.*, 157.

³² Joseph E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* (New York: WW Norton, 2002) 11 ve 196-7.

³³ Wolff (2013-14), ‘Failure of the International Monetary Fund’ 94.

uzlaşmanın yansımasıdır³⁴. *Washington* uzlaşması, üç iktisadi politika ayağı üzerine kurulmuştur: *kamu maliyesinde kemer sıkma, kamu işletmelerinin özelleştirilmesi ve serbest piyasa ekonomisi*.

Özellikle bütçesinde büyük açık veren hükümetlerin, iç piyasada rekabeti kısıtlayıcı tek taraflı ulusal tedbirler olarak verimsiz ve savurgan kamu iktisadi teşekkülleri ile atıl ve düşük performanslı özel sektörü korumaya çalışması, piyasaların daralmasına ve fiyatların artmasına neden olmaktadır. Bu durum karşısında hükümetlerin dayandığı yegâne araç olan kamu maliyesinin disiplin altına alması gerekiyordu. Böylece devletin kamusal alanının ticari faaliyetlerin dışına çıkartılması ve sadece temel hizmetlerle sınırlı tutulması, hem piyasanın açılmasını sağlayacak ve hem de özel sektöre rekabet gücü kazandıracaktı. Bunun için kamu iktisadi teşekküllerinin özelleştirilmesi öngörülmüştü. Ulusal piyasaların ithalatta gümrük vergi ve tarifelerinin indirilmesi ve kota uygulaması gibi her türlü diğer ulusal korumacı engellerin kaldırılması ve ticaretin serbestleşmesi, tam rekabeti sağlayarak özel sektörü verimli hale getireceği için sonuçta fiyatların düşmesine sebep olacaktı³⁵. Bu koşulları yerine getirmeyen ülkelerin, bir yandan ekonomide sürekli açık vermesi, diğer yandan ise yüksek enflasyon yüzünden zaten kalıcı bir büyümeyi yakalayabilmeleri mümkün olamazdı. Bu iddialar ekonomist *Milton Friedman*'ın monetarizm³⁶ ve hukukçu *Richard Posner*'in tam rekabet³⁷ tezleri ile derinlemesine tartışılmış ve mensubu oldukları *Chicago* okulunun ekonomik verimliliği serbest rekabet piyasasına dayandıran *neoliberal* ekonomik politikaları *Washington* uzlaşmasının esasını teşkil etmiştir. Bu tezlerin uygulaması, hukuki düzenlemelerde serbestlik (*deregulation*), kamu işletmelerinin özelleştirilmesi ve kamu harcamalarının kısılmasını gerektirmekteydi. Yani bu iddiaya göre, kamu idaresinin dışında kalan bütün ekonomik faaliyetler bakımından en uygun olan sistem, hukuk

³⁴ Naomi Klein, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism* (New York: Metropolitan, 2007) 163-5.

³⁵ Stiglitz (2002), *Globalization* 53, Stiglitz bu politikaların daha sonra nasıl başarısız olduğunu az gelişmiş ve gelişmekte olan devletler bakımından uygulamadaki vahim etkilerini ayrıntılı biçimde ortaya koyar. *54 et seq.*

³⁶ Genel olarak bkz. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* (Chicago: Chicago University Press, 2002).

³⁷ Genel olarak bkz. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (New York: Aspen, 2011).

kuralları yerine sadece kendi içerisinde gönüllü denetime tabi düzenleme ile yürütüleni olmalıydı³⁸.

Wolff, genel refahı arttırmak için hükümetleri devletin bütün malvarlığı ve sermayesini özel sektöre satarak, kamu harcamalarını kesmeye, vergileri asgariye indirmeye ve ticaret üzerindeki hukuki düzenlemeleri kaldırmayı öngören bu tür koşulların borç ihtiyacı içerisinde bulunan gelişmekte olan devletlere zorla dayattırılması için, ABD ve İngiltere gibi batılı gelişmiş endüstriyel devletlerin IMF ve Dünya Bankasını bir araç olarak kullandığını ve böylece kapitalist serbest piyasa ekonomisini küresel olarak bütün dünyaya yaymaya çalıştığını ifade etmektedir³⁹. Nitekim IMF ekonomik kriz içerisinde borç isteyen devletleri kurtarma yardımlarını, yapısal değişiklik programlarına eklenen özelleştirme ve ticaretin serbestleştirilmesi koşullarına bağlı olarak yapmıştır. Buna karşılık borcun tabi olduğu faiz oranları IMF tarafından uluslararası serbest piyasalardaki dalgalanmalara bırakıldığı için, bu şartları yerine getirmeye çalışan devletler çoğu kez ana borcun çok üzerinde bir faiz yükünün altında geri ödemeleri yapamaz hale gelmişlerdir⁴⁰.

1980 ve 1990'lı yıllarda IMF ve Dünya Bankasının yapısal değişim içeren ekonomik politikaları çerçevesinde borç vermede takip ettikleri usul, bir şok tedavisi ile finansal kriz durumunda olan ülkeleri serbest piyasa yaratmaya yönelik bir dizi ekonomik reformlar yapmaya itmiştir. Bu neoliberal reformlar sonucu sermaye hesabının serbestleştirilmesi ile yükselen piyasa ekonomilerine gelişmiş ülkelerden görülmemiş ölçüde doğrudan yabancı yatırım ve portföy akımına neden olmuştur. Bu durum daha çok ülkenin uluslararası mali sistem içerisinde bütünleşmesine neden olmuştur⁴¹. Bir örnek olarak *Carmody*, Afrika'da bu değer yargılarındaki metalaşmanın yayılması ve derinleşmesinin toplumda sosyoekonomik ilişkileri etkilediğini ve bireysel ilişkilerin zamanla piyasalardaki alış-veriş ve kar amacıyla şekillenmesine neden olan bir homojenleşme

³⁸ Friedman (2002), *Capitalism* 65-71.

³⁹ Wolff (2013-14), 'Failure of the International Economic Fund' 94-5.

⁴⁰ Latin Amerika devletlerine verilen borçların yarattığı ekonomik yıkımın toplum üzerindeki etkileri için bkz. Klein (2007), *The Shock Doctrine* 142 *et seq.*

⁴¹ Sermaye hesabı üzerindeki denetimlerin kaldırılmasına ilişkin ayrıntılı bir açıklama için bkz. Kavaljit Singh, *Taming Global Financial Flows: Challenges and Alternatives in the Era of Financial Globalization : A Citizens Guide* (New York: Zed, 2000) 57 *et seq.*

sürecini başlattığını gözlemlemiştir. Ona göre, küreselleşme böyle bir homojenleşme sürecini ifade eder⁴². Bu anlamda küreselleşme değişik yerler arasında bir benzeşme bağlantısını gösterir. Dünyadaki ülkelerin ve halklarının bütünleşmesini (entegrasyonu) ifade eder. Bütün dünya düzeyinde bu bağlantı ilişkisi, ticaretin, yatırımın, ekonomik yardımların, teknolojinin, insanların, değişik fikir ve görüşlerin ve hatta demokratikleşme gibi siyasi süreçlerin akışına dayanarak homojenleştiği ölçüde küreselleşir. Ekonomik olarak, iletişim ve ulaşım masraflarında sağlanan tasarruf ticaretin maliyetini etkiler. Çünkü malların, hizmetlerin, sermayenin, bilginin, -ve daha az bir seviyede ise- insanların değişik coğrafyalar arasındaki akışının önündeki yapay engellerin kaldırılması ticaretin serbestleşmesine ve ulusal piyasaların rekabete açılmasına neden olur⁴³.

Böylece küreselleşmenin merkezinde uluslararası ekonomik düzen vardır ve bu düzen içerisinde devletlerarasındaki ilişkilerin egemen bağımsızlıktan karşılıklı bağımlılığa doğru geliştiği uluslararası ekonomi hukuku bulunur. Ancak ortaya çıkan bu yeni ekonomik düzende finansal küreselleşmenin hukuki boyutu, mevcut uluslararası hukuk sisteminin normatif ve kurumsal yapısı üzerinde salt uluslararası aşmanın çok ötesinde klasik hukukun dışında yeni bir takım sorunları içerir. Nitekim *Hobe*, küreselleşmenin uluslararası hukuk alanında ‘egemen eşit devlet’ kavramı bakımından üç yeni unsurun düşünülmesini gerekli kıldığını öne sürer: a) *uluslararası hukuku yapılması ve belirlenmesinde devletin yanında siyasi güç kazanan ulus-ötesi (transnational) aktörler*, b) *devletin tek taraflı ve hükümetlerarası düzenlemelerinin ötesinde hukuki çözümler*, ve c) *sosyoekonomik, siyasi ve kültürel bütünleşmenin küresel boyutunun neden olduğu egemen devlet eksenli iç ve dış hukuk düzeninde gayri millileşme*⁴⁴. Bunların en önemli sonucu ise, geleneksel olarak devletin ulusal yetkisine tabi olan içişleri alanlarının giderek daha çok uluslararası ilgi konusu haline gelerek dış müdahale ve denetimine açılmaya başlamasıdır.

⁴² Pádraig Carmody, *Rise of the BRICS in Africa: The Geopolitics of South-South Relations* (London: Zed, 2013) 6.

⁴³ Stiglitz (2002), *Globalization* 10.

⁴⁴ Shephan Hobe, ‘New Trends of International Law in the Era of Globalization’ (2010) 3 *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law* 9-10.

Mali piyasaların küreselleşmesi, bir evrimsel geçiş sürecidir ve bazı unsurları içerir. İlk olarak *para, finans, yatırım ve ticaretin serbestleşmesi*, sermaye akışı ve mali sistemlerin *Bretton Woods* sisteminin getirdiği kapalı ve sabit yapıdan tedrici ve kapsamlı olarak kurtulmasını sağlamıştır. İkinci olarak, giderek finansal akışın bankalardan sermaye piyasalarına geçmesiyle hem ulusal hem de uluslararası olarak *varlığa dayalı menkul kıymet çıkarmak* süreci (mali menkulleştirme) ortaya çıkmıştır. Üçüncü olarak, *teknolojik buluşlar* bütün dünyada bilgi akışını hızlandırmış ve eskiden birbirinden yalıtılmış durumda olan mali sistemler ve piyasaların birbiriyle olan bağlantısını arttırmıştır. Dördüncü olarak, *finansal buluşlar* menkulleri kıymetleştirmede yeni yöntem ve finans ürünleri ile sürekli değişen finans piyasaları ve katılımcıların ihtiyaçlarını karşılamayı başarmıştır. Beşinci olarak, *özelleştirme* ile hükümetlerin iç piyasalar üzerindeki etki ve denetimi merkezi ekonomik karar verme rolünün ortadan kalkmasıyla azalmıştır ve bu piyasaların bir uluslararası mali varlık ve refah kaynağı haline gelmesinin yolu açılmıştır⁴⁵.

Özellikle 1980'li yıllarda bu uluslararası açılma, kamu maliyesindeki serbestleşme ve bilişim teknolojisindeki buluşlarla finansal küreselleşmeyi fevkalade hızlandırmıştır. Aslında 1950'lerden itibaren Avrupa para piyasalarının açılmasıyla sermaye piyasalarının serbestleşmesi başlamıştı. Ancak 1970'lerin başında *Bretton Woods* sisteminin çökmesiyle, ortaya çıkan para değişim riskinin özelleştirilmesi, önce döviz değişim piyasalarının hacminin artmasına, daha sonra 1980'lerde küresel tahvil piyasalarının ve nihayet 1990'ların başında ise, küresel hisse senetleri piyasalarının yaratılmasına neden olmuştur. 2000 yılı itibarıyla küresel menkul kıymetlerin değeri 150 trilyon ABD dolarına ulaşarak, bütün dünyanın toplam üretim çıktısı değerinin beş misline çıkmıştır.⁴⁶ Ancak finansal küreselleşme, sadece küresel finansal piyasaların büyümesini sağlamakla kalmamış, bunun yanında hem bütün bu piyasalar içerisindeki mevcut mal miktarı ve fiyatlardaki dalgalanmaları ve hem de bu piyasalar ve ulusal sınırlar arasındaki akışı da arttırmıştır. Böylece bir yerdeki yerel krizin bir başka yere sirayet etmesi, kolayca büyümesi ve hızla yayılma etkisi göstermesi kaçınılmaz

⁴⁵ Arner (2008), 'The Developing Discipline' 251-2.

⁴⁶ Singh (2000), *Taming Global Financial Flows* 17.

bir hale gelmiştir⁴⁷. Finansal küreselleşme, *neoliberalist* okulun ‘liberalleştirdiği’ piyasalarda yeni küresel mahiyette krizlerin doğmasına neden olmaya başlamıştır⁴⁸. *Weber*’e göre, finansal krizlerin küresel nitelik kazanarak farklı görünüşler altında kısa aralıklarla bir çok ülkeye sirayet etmesinin temel nedeni, *istikrarlı bir düzenleyici hukuki çerçevenin uygun bir biçimde ihdas edilmemiş olmasındandır*; bu eksiklik piyasaya katılımcıların yaratılan bu liberal ortamı kötüye kullanmasına imkan sağlamaktadır⁴⁹.

İkinci Dünya Savaşından sonra, başlangıçta Avrupa para piyasalarının açılması ile değiştirilebilirliğin (*convertibility*) artması yüzünden bazı gelişmiş ülkelerin paralarındaki (özellikle Sterlin) devalüasyon, bu büyük endüstriyel ekonomilerin ötesinde sınırlı etki yaratmıştı⁵⁰. Ancak 1970’li yıllarda petrol ambargolarının olumsuz etkisi bütün petrol ithal eden ekonomilerde ödemeler dengesinde bir krize yol açmıştır⁵¹. Yine bu tarihlerde Şili’de demokratik seçimle iktidara gelen *Salvador Allende* hükümetinin sosyalist politikalarına karşı askeri ihtilal düzenleyen General *Pinochet*’in askeri cunta idaresi tarafından uygulanan *neoliberal* ekonomik yapılanmanın başarısızlıkla sonuçlanmasına rağmen⁵² yine finansal liberalleşme dayatmasına maruz kalan Meksika’nın 1982 yılında dış (tahvil) borçlarını tabi olduğu serbest piyasadaki yüksek faiz oranları yüzünden ödeyememesi yeni tür bir kriz (*sovereign debt crisis*) ortaya çıkartmıştır⁵³. Nitekim Latin Amerika, Afrika, Asya ve Doğu Avrupa’da dış borçlarını ödeyemeyen pek çok devlet, kendisini

⁴⁷ Bu sürecin geniş bir özeti için bkz. John Eatwell, *International Financial Liberalization: The Impact on World Development* (New York: UNDP Office of Development Studies, 1996).

⁴⁸ Finansal krizlerin tarihsel evrimi için bkz. Charles P. Kindleberger and Robert Z. Aliber, *Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises* (5th edn, New Jersey: John Wiley & Sons, 2005).

⁴⁹ Rolf H Weber, ‘Challenges for the New Financial Architecture’ (2001) 31 *Hong Kong L. J.* 242.

⁵⁰ Bordo (1993), ‘The Bretton Woods International Monetary System’ 42-5.

⁵¹ Singh (2000), *Taming Global Financial Flows* 129-30; Lowenfeld (2008), *International Economic Law* 668-71.

⁵² Klein (2007), *The Shock Doctrine* 7 ve 63 *et seq.*

⁵³ Rumu Sarkar, *International Development Law: Rule of Law, Human Rights and Global Finance* (Oxford: Oxford University Press, 2009) 264-72; Lowenfeld (2008), *International Economic Law* 671-7.

üçüncü dünya borç krizinin içerisinde bulmuştur⁵⁴. 1987 yılında *New York Wall Street* borsasında başlayan vadeli işlem ve opsiyon piyasasının çöküşü, bir anda dünya çapında bir krize yol açtı ve ancak hükümetler tarafından piyasalara çok büyük miktarda para sürülerek likiditenin sağlanmasıyla önlenebildi⁵⁵. Bir başka kriz türü ise 1992 ve 1993 yıllarında İngiltere ve İtalya'nın Avrupa Para Değişim Mekanizmasından çekilmek zorunda kalmasıyla, Avrupa Birliği bölgesel para birimi sistemini krize götürmesinde yaşanmıştır⁵⁶. 1994-95'de Meksika'da, Ağustos 1998'de Rusya'da, Ocak 1999'de Brezilya'da krizler para ve borçlanma, 1997-98'de Asya mali krizi⁵⁷ ve 2001'de Türkiye'de yaşanan kriz ise para, bankacılık ve dış borçların bir karışımı görünümünde ortaya çıkmıştır⁵⁸.

Bütün bu krizlerin bir ortak yönü, *Washington* uzlaşmasının getirdiği finansal liberalizmin IMF ve Dünya Bankası tarafından şart koşulan yeniden yapılanma politikaları kapsamında uygulanmasının doğrudan bir sonucu olarak küresel bir yayılma şeklinde bir ülkeden diğerine sirayet (*contagion*) etmesidir. Finansal küreselleşmenin beraberinde getirdiği bu küresel krizler aslında en baştan beri uluslararası finansal denge ve istikrarı sağlamak amacıyla *Bretton Woods* sisteminin önlemek üzere kurulduğu türden krizlerdi ve küresel para/finansal idaresinin özellikle makroekonomik politikaların koordinasyonu, kriz yönetimi ve özel finans kuruluşlarının düzenlenmesi alanlarında yeniden yapılanması gereğini ortaya çıkartmıştır⁵⁹. Sermaye piyasasının serbestleştirilmesi, ulusal ekonomilere sıcak para akışını artırırken, buna

⁵⁴ Arjantin, Afrika ve Asya krizi incelemeleri için bkz. Wolff (2013-14), 'Failure of the International Monetary Fund' 107-19.

⁵⁵ Kindleberger & Aliber (2005), *Manias, Panics and Crashes* 7.

⁵⁶ Steven Kettell, 'A Complete Disaster or a Relative Success? Reconsidering Britain's Membership of the ERM, 1990-1992', <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/pais/people/kettell/research/erm.pdf>

⁵⁷ Riesenhuber (2001), *The International Monetary Fund*, 75-131; Kindleberger & Aliber (2005), *Manias, Panics and Crashes* 156-8; Sarkar (2009), *International Development Law* 285-304, Lowenfeld (2008), *International Economic Law* 677-748.

⁵⁸ Örneğin 1997-1998 ve 2007-2008 Asya krizlerinin incelemesi için bkz. Masahiro Kawai, 'Reform of the International Financial Architecture: An Asian Perspective' (2010) 55 *Singapore Econ. Rev.* 209-14; 2001 Türkiye krizi için bkz. Mihai Macovei, *Growth and Economic Crises in Turkey: Leaving behind a Turbulent Past* (Brussels: European Commission Economic Papers 386, October 2009) 1-36.

⁵⁹ Nakagawa (2010), 'Reconstructing' 110.

bağlı riskleri de arttırmaktadır. Küreselleşmenin getirdiği finansal büyüme ve serbestlik özellikle gelişmekte olan ülkeler ve yükselen piyasalarda risk optimalleşmesinden ziyade mali kırılganlık yaratmıştır. Bu bakımdan BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu kurulmasının arkasındaki düşünce, küreselleşen modern finansal piyasalarda artan risk unsurunu kontrol etmeye yönelik daha dayanıklı kurumlara ihtiyaç duyulmasıdır⁶⁰.

6. Yeni Bir Uluslararası Finansal Yapılanma İhtiyacı

Washington uzlaşmasının getirdiği üç temel esasın – a) kamu harcamalarında kemer sıkma, b) kamu varlıklarının özelleştirilmesi ve c) serbest piyasa ekonomisine geçilmesi - IMF ve Dünya Bankasının uluslararası finans politikaları içerisinde 1980 ve 1990’lı yıllarda uygulanması, bir dizi ekonomik krizin birbiri ardına küresel düzeyde etki göstermesine neden olmuştur⁶¹. Nitekim sadece 1990’ların ortasından 2000 yılların başına kadar on ülkede Meksika (Şubat 1995), Arjantin (Nisan 1995 ve Mart 2000-Ocak 2003), Tayland (Temmuz 1997), Endonezya, Malezya, Filipinler (Kasım 1997-Ocak 1998 ve Ağustos 1998-Şubat 2000), Güney Kore (Aralık 1997), Rusya (Ağustos 1998), Brezilya (Aralık 1998) ve nihayet Türkiye’de (Aralık 1999-Şubat 2002) çok ciddi ekonomik krizler yaşanmıştır⁶².

Bu krizlerin bir ortak yönü, kamu sektöründeki cari hesaplarda bir dengesizlikten ziyade, gelişmekte olan ve yükselen ekonomilere giren portföy sermaye akışının yarattığı özel sektör borçlanması ve menkul piyasalarına yatırılan yabancı ‘sıcak paranın’ gayri menkul piyasasının çökmesiyle sermaye piyasalarından çekilmesi sonucu bu yatırımlara yüksek riskle kredi sağlayan bankaların iflas etmesi neden olmasıydı⁶³. Ancak daha önemli bir özellik ise, piyasaların açılması ve serbestleşmesi sonucu ters yöne dönen sermaye akışının miktarı ve çabukluğu ile piyasalara olan güvensizliğin yayılması ve finansal krizin diğer ekonomilere sirayet etmesiydi. Uluslararası mali düzenin

⁶⁰ Biziwick, Cattaneo & Fryer (2015), ‘The Rationale’ 308.

⁶¹ Stiglitz, IMF ve Dünya Bankasının özellikle Asya finansal krizindeki rolünü ilk elden eleştirel olarak ayrıntılarıyla incelemektedir. Bkz. Stiglitz (2002), *Globalization and its Discontents* 53-132.

⁶² Luc Laeven and Fabian Valencia, *Systemic Banking Crises: A New Database*, Washington, DC: IMF Working Paper WP/08/225, November 2008.

⁶³ Kern Alexander, Rahul Dhumale and John Eatwell, *Global Governance of Financial Systems: The International Regulation of Systemic Risk* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 29.

küreselleşmesinde IMF ve Dünya Bankasının kriz öncesi ve sonrasında takip ettiği makroekonomik politikalarıyla bu durumun meydana gelmesinde ve krizleri idaresindeki rolü eleştirilerin odağı haline gelmiştir⁶⁴. Küreselleşmenin yarattığı finansal bütünleşmenin özellikle gelişmekte olan ve yükselen ekonomileri maruz bıraktığı sistemik risk, iki taraflı ticari ilişkilerin yerine ağırlık kazanmaya başlayan çok taraflı yeni mali düzenin idaresinde *Bretton Woods* sisteminin kurumlarının artık yeterli olmadığını göstermiştir. Nitekim 1997-1998 Asya finansal krizinden sonra, *Eichengreen* ve diğer bazı yazarlar, mevcut uluslararası finansal yapıyı ve IMF'nin makroekonomik performansını sorgulamaya başlamış ve yerine 'yeni bir uluslararası finansal mimarlığı' önermişlerdir⁶⁵. Bu görüş mali krizi yaşayan Asya devletleri tarafından paylaşılmış ve *Bretton Woods* ile kurulan mevcut resmi finansal sistem içerisinde özellikle IMF tarafından malların, hizmetlerin, ve sermayenin ülkeler arasında pürüzsüz akışının sağlanamadığı ve küresel finansal istikrarın korunamadığı inancı hakim olmaya başlamıştır. Öyle ki 'IMF'nin krizden etkilenen ekonomilerine krizi idare etmek ve kurtulmak için yardım etmekte etkisiz kaldığı ve hatta krizin daha da ağırlaşmasına' neden olan makroekonomik politikaları dayattığı hususunda görüş birliği ortaya çıkmıştır⁶⁶. Reform talepleri özellikle küresel finansal idare yapısı ve bunun içerisinde IMF ve Dünya Bankasının yapısı ve işleyişinde şeffaflık, IMF'nin ulusal ekonomileri gözlemlemesi, likidite yardımı, kredi yardımı koşulları üzerinde yoğunlaşmıştır⁶⁷. Ancak bu konularda batılı gelişmiş devletlerin mevcut uluslararası finansal düzeni reform konusundaki isteksizliği ve 2008-2012 yılları arasında önce ABD'de başlayan '*subprime mortgage*' (yüksek risk-yüksek faizli ev kredisi) krizi gelişmiş ekonomilerde yatırım bankalarının iflası ile küresel bir etki kazanarak, bunlardan kısa dönemli sermaye ithali ihtiyacı içerisinde olan veya Amerikan ve Avrupa piyasalarına mal ihraç etmekte olan yükselen

⁶⁴ Wolff (2013-14), 'Failure of the International Monetary Fund' 116-9; Stiglitz (2002), *Globalization and its Discontents* 89-132.

⁶⁵ Eichengreen (1999), *Toward a New International Financial Architecture* 8-15; Weber (2001), 'Challenges for the New Financial Architecture' 241-50; Nathan M. Jansen, 'Crises, Conditions, and Capital: The Effect of International Monetary Fund Agreements on Foreign Direct Investment Flows' (2004) 48 *J. Conflict. Resol.* 194-200; Arner (2008), 'The Developing Discipline' 255-62.

⁶⁶ Kawai (2010), 'Reform of the International Financial Architecture' 207.

⁶⁷ Nakagawa (2010) 'Reconstructing' 99-102.

ekonomilere de sirayet etmesi, doğu Asya’da bölgesel bir finansal yapılanmanın ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır⁶⁸.

Bu bağlamda BRICS, geleneksel uluslararası ekonomik düzen içerisinde batılı gelişmiş ülkelerin hakimiyetine karşı bir tepki görünümünde ortaya çıkmıştır ve *neoliberal* kapitalist görüşe dayanan *Washington* uzlaşmasına karşı küresel ekonomik ve finansal idare için bir alternatif yaklaşımı temsil etmektedir⁶⁹. Böylece, yeni bir uluslararası finansal mimarinin hukuksal ve kurumsal yapısının oluşturulmasında normatif etkiye sahip bir belirleyici unsur olma konumuna gelmiştir⁷⁰.

III. BRICS

BRIC kavramı, ilk kez 2001 yılında Brezilya, Rusya, Hindistan ve Çin arasında geniş anlamda bir ekonomik gruplaşma düşüncesini ifade etmek üzere ortaya atılmıştır. Bu önerinin sahibi olan *Goldman Sachs* yatırım bankası ekonomistlerinden *Jim O’Neil*, gelecek yarım yüzyılda küresel eğilimlerin ne olabileceğini tahmin etmek üzere hazırlanan bir ekonomik model içerisinde, bu dört ülkenin küresel ekonomide giderek belirleyici bir rol oynayacağını öngörmüştür⁷¹. Daha sonra aynı ifade, küresel ekonominin çekim merkezi dinamiklerinin *gelişmiş* G-7 ekonomilerinden *gelişmekte* olan ülkelere doğru kaymasının bir sembolü olarak kullanılmaya başlanmıştır⁷². Dünya ekonomisinin gelecek 50 yıldaki evrimi içerisinde ortaya çıkabilecek dinamikleri inceleyen 2003 tarihli *Goldman Sachs* raporu, BRIC ülkelerinin en büyük küresel ekonomik bir güç haline gelerek, yeni talep artışı ve harcama kapasitesi yaratacağını iddia etmiştir⁷³. Öyle ki, 40 yıldan az bir sürede Çin ve Hindistan’ın mal ve hizmetlerin üretilmesi ve sunumunda, Brezilya ve Rusya’nın ise ham madde arzında dünyada hakim konuma geleceğini ve

⁶⁸ Kawai (2010), ‘Reform of the International Financial Architecture’ 211-4.

⁶⁹ Nicollette Cattaneo, Mayamiko Bizwick & David Fryer, ‘The BRICS Contingent Reserve Arrangement and Its Position in the Emerging Global Financial Architecture’ (2015) 10 *Policy Insights* 2.

⁷⁰ Sonia E. Rolland, ‘The BRICS’ Contributions to the Architecture and Norms of International Economic Law’ (2013) 107 *Proceedings ASIL* 164.

⁷¹ Jim O’Neill, *Building Better Global Economic BRICs* (Goldman Sachs, Nov. 30, 2001), <http://www.goldman-sachs.com/our-thinking/archive/archive-pdfs/build-better-brics.pdf>.

⁷² Danny Quah, ‘The Global Economy’s Shifting Centre of Gravity’ (2011) 2 *Global Policy* 4-5.

⁷³ Dominic Wilson and Roopa Purushothaman, *Dreaming with BRICs: The Path to 2050* (Global Economics Paper No.99, Goldman Sachs, Oct. 1, 2003) 2.

BRIC ekonomileri toplamının dolar bazında G-7 ülkelerinden daha büyük olacağını tahmin etmiştir. Nitekim 2011 yılı itibarıyla, BRIC ülkelerinin toprakları dünyanın %26'ı, nüfusu %42'si ve toplam gayri safi yurtiçi milli hasılası 20 trilyon dolar ile %26'sının üzerinde seyretmekteydi⁷⁴. Bu görünümü ile dört ülke, en büyük ve en hızlı büyüyen 'yükselen piyasa ekonomileri' arasında yer alarak, 2000-2008 yılları arasında küresel ekonomik büyümenin %55'ni teşkil etmiştir⁷⁵. Bu tahminler büyük ölçüde daha önce arka planda meydana gelen ve gelişmekte olan bu ülkelerin ekonomilerinde 1990'lar boyunca yaşanan köklü bazı yapısal reformlar dikkate alınarak yapılmıştır. Ancak o tarihlerde dört ülke arasında herhangi bir alternatif ekonomik blok yaratmayı hedefleyen bir yakınlaşma veya resmi işbirliği öngörülmemiştir. BRIC'in kurumlaşması düşüncesi daha sonra 2001 ve 2006 yılları arasında gayri resmi olarak tartışmaya açılmış ve ilgi uyandırmıştır⁷⁶.

Kurumlaşma yönündeki ilk resmi istişare, Rusya'nın inisiyatifi ile uluslararası güncel sorunları tartışmak üzere BRIC devletleri dışişleri bakanlarının Eylül 2006 tarihinde *New York*'ta düzenlenen 61. BM Genel Kurulu toplantısı dolayısıyla bir araya gelmeleriyle başlamıştır. Aynı vesileyle her yıl dışişleri bakanları seviyesinde yapılan görüşmeler, 2008 yılında maliye bakanları nezdinde küresel finansal krizlerin değerlendirildiği bir paralel sürece genişletilmiştir. Uluslararası ekonomik sorunların diğerlerinin arasında ağırlık kazanmasına, BRIC devletlerinin finansal ilişkilerde hızla artan rolü etkili olmuştur. Şöyle ki, 2000-2008 arasındaki dönemde dünyadaki toplam ekonomik çıktıda meydana gelen artışın %60'ı, gelişmekte olan veya geçiş aşamasındaki ekonomilerde ortaya çıkarken, bunun yarısından fazlasını BRIC sağlamıştır ve aynı dönemde küresel gayri safi hasıla GDP içerisindeki payı %16'dan %22'ye çıkmıştır⁷⁷. Bu en üst düzeydeki resmi görüşmeler sonucu, 16 Haziran 2009 tarihinde Rusya'nın *Yekaterinburg* şehrinde toplanan BRIC devlet başkanları arasındaki zirve bu birlikteliği uluslararası hukuka dayanan daha demokratik ve çok taraflı dünyada bütün devletlerin eşitlik, karşılıklı

⁷⁴ Müslüme Narin ve Dilek Kutluay, 'Değişen Küresel Düzen: BRIC, 3G, N-11 Ülkeleri' (2013) Ocak/Şubat *Dosya* 40-5.

⁷⁵ Carmody (2013), *Rise of BRICS in Africa* 2.

⁷⁶ Suresh P. Singh and Memory Dube, *BRICS and the World Order: A Beginner's Guide* (May 30, 2014) 6, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2443652>

⁷⁷ Cynthia Roberts, 'Challengers or Stakeholders? BRICs and the Liberal World Order, Introduction' (2010) 42 *Polity* 1-3.

saygı, işbirliği, eşgüdümlü eylemi ve toplu karar alması ilkeleri üzerinde resmileştirmek için ilk adımı atmıştır⁷⁸. Güney Afrika'nın gruba katılması, 2010 yılında Brezilya'da toplanan BRIC devlet başkanları ikinci zirvesinde yapılan davet üzerine gerçekleşmiştir ve böylece günümüzdeki üye sayısıyla BRICS bir siyasi forum olarak resmen 2011 tarihinde doğmuştur⁷⁹.

Sovyetler Birliğinin dağılmasından sonra uluslararası ilişkilerde kaybolan güçler dengesi, yerini 'tek kutuplu' bir düzen içerisinde Amerikan hegemonyasına bıraktığı görülmüştü. Ancak aynı dönemde BRIC devletlerinin toplam nüfus, şehirlerde yaşayan nüfus, demir-çelik üretimi, enerji tüketimi, asker sayısı ve askeri harcamalarından oluşan ulusal güç kapasitesi indeksinin toplamı G-5 grubunun toplamından fazla olduğu gibi, Çin'in ABD ile arasındaki farkı kapatmaya başlaması, gelişmekte olan ekonomilerde ve yükselen piyasalarda 'çok kutuplu' bir uluslararası sistem kurulması arayışının sesli telaffuz edilmesine neden oldu. Bu durum *siyasi realist teori* bakımından değerlendirildiğinde, BRICS küresel idari yapıda tek kutupluluğa karşı çok kutuplu 'yeni uluslararası finansal mimariyi' sağlamak üzere alternatif bir 'süper güç' rolüne soyunmaktadır⁸⁰. Nitekim *Laïdi*, BRICS'i çoğu kez birbirine rakip olan güçlerin heterojen bir koalisyonu olarak görmektedir ve ona göre, bir araya gelmelerinin ortak temel siyasi amacı ise Batının hegemonik iddialarını çürütmektir. Bunu yaparken de Batı *neoliberalizminin* küreselleşme ile hedef aldığı siyasi egemenlik ve bağımsızlık ilkesini korumak isterler. Bu bakımdan BRICS, aslında küreselleşmenin ve Irak savaşının bir ürünüdür: ekonomik boyutu küreselleşmenin doğrudan bir sonucu iken, Irak savaşı ise stratejik dinamiğini teşkil etmektedir⁸¹.

Ancak bu ekonomik ve hatta jeopolitik gruplaşmanın bir siyasi forum olmanın getirdiği küresel finans idaresinde bir gayri resmi dayanışmanın ötesinde, uluslararası hukuk kişiliği kazanarak makroekonomik politikaları uluslararası ekonomi hukuku içerisinde

⁷⁸ Singh & Dube (2014), *BRICS and the World Order* 7.

⁷⁹ Stuenkel Oliver, 'South Africa's BRICS membership: A win-win situation?' (2013) 7 *African Journal of Political Science and International Relations* 310-1.

⁸⁰ Bu teorik perspektifin küresel politik ekonomi bakımından ayrıntılı tartışması için bkz. Leslie Elliot Armijo, 'The BRICs Countries (Brazil, Russia, India, and China) as Analytical Category: Mirage or Insight?' (2007) 31 *Asian Perspective* 14-29.

⁸¹ Zaki Laïdi, 'BRICS: Sovereignty Power and Weakness' (2012) 49 *International Politics* 614-9.

etkileyebilme kabiliyeti oldukça yoğun bir akademik tartışma konusu olmuştur⁸². Özellikle pek çok yönüyle bu ülkelerin arasındaki farklılıklar ve ayrışmaların bunların ortak olan özelliklerinden fazla olması⁸³ ayrıca şimdiye kadar ulus-üstü yapılanma içerisinde örgütlenmekten kaçınmaları veya ortak meselelerde tekdüze bir siyasi duruş sergilemekten kaçınmaları, BRICS'in kurumsal ve hukuksal kimliğinin sorgulanmasına sebep olmuştur⁸⁴. Buna rağmen BRICS, uluslararası ekonomi hukukunun içeriği ve kurumsal yapısına özellikle mali hukuk, ticaret hukuku, yatırım hukuku, uluslararası ekonomik düzenin idaresine ve kurumlarına fiilen katkıda bulunmaktadır. Uluslararası ilişkilerde bir forum olarak siyasi kimliğinin yanında BRICS devletlerinin kurduğu *Yeni Kalkınma Bankası* ve *BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi*, bir uluslararası örgütlenme süreci içerisinde hukuk kişiliği kazanmaya yönelik bir incelemeyi ve buna bağlı tartışmaları gündeme getirmektedir⁸⁵.

Çalışmanın devamı, bu uluslararası finansal yapılanma bağlamı içerisinde *Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşmanın*, uluslararası ekonomi hukuku içerisinde mevcut *Bretton Woods* kurumlarına etkisi ve yeni uluslararası finansal mimarinin şekillenmesine olası katkılarını incelemeye ayrılmıştır.

IV. Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi

1. Andlaşmanın Konu ve Amacı

Andlaşmanın konusu, kendi kendisini idare eden bir koşullu ihtiyat fonu düzenlemesi yapmaktır. Bu düzenleme ile hedeflenen, kısa dönemli ödemeler dengesindeki daralma ve baskıların önüne geçmek, karşılıklı destek sağlamak ve bu şekilde mali istikrarı daha da güçlendirmektir. Tarafların niyeti iki türlü ifade edilmiştir: bir yandan, küresel mali güvenlik ağını sağlamlaştırmak; diğer yandan ise, mevcut uluslararası para ve finans düzenlemelerini tamamlayıcı bir rol üstlenmektir⁸⁶. Öngörülen hedeflerin, sadece BRICS üyeleri arasındaki mali ilişkilerle sınırlı kalmayarak küresel bir uygulama alanı içermesi, bu devletlerin

⁸² Andrew Cooper & Asif B. Farooq, 'BRICS and the Privileging of Informality in Global Governance' (2013) 4 *Global Polity* 128-32.

⁸³ Cattaneo, Bizziwick & Fryer, 'The BRICS Contingent Reserve Arrangement' 2-3.

⁸⁴ Marcos Galvão, 'Brazil, Russia, India, and China: Brand BRIC Brings Change' (2010) 66 *The World Today* 13-5.

⁸⁵ Rolland (2013), 'The BRICS' Contributions' 168-70.

⁸⁶ Giriş, Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

geniş anlamda çok taraflı mevcut uluslararası mali sisteme bağımlılıkları kadar, kendilerini birlikte ‘küresel kalkınmanın güçlü bir unsuru’ olarak görmelerinden kaynaklanmaktadır⁸⁷.

Kurulan Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi özünde bir ‘çerçeve’ olarak düşünülmüştür ve bu yaklaşımın uluslararası kişilik bakımından sonuçları vardır. Düzenleme çerçevesinin amacı Andlaşmanın 1. maddesinde, ‘ödemeler dengesindeki kısa dönemli gerçek veya potansiyel daralma ve baskılara’ karşı likidite ve önleyici tedbirler yoluyla destek sağlamak olarak tanımlanmıştır⁸⁸. Bu açıdan bakıldığında, düzenlemenin gayesinin aslında sınırlı olduğu görülür. En azından IMF’nin amaçları kadar geniş ve kapsamlı olmadığı kesindir. IMF’nin amaçları arasında, ‘danışma ve birlikte çalışma mekanizması içeren daimi bir kurum vasıtasıyla uluslararası parasal işbirliğini teşvik etmek, uluslararası ticaretin dengeli büyümesi ve gelişmesine imkan vermek, ve böylece istihdam ve reel gelirin yüksek seviyelere çıkması ve tutulmasını teşvik etmek...’ ve dünya genelinde yoksulluğu azaltmak gibi bazı makroekonomik edimler sayılmıştır⁸⁹. Oysa küresel ekonomik ve finansal yönetimine bu tür uzun dönemli katkılardan çok, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin mali istikrarı güçlendirmekle yetindiği görülür; karşılıklı mali destek ise, öncelikle BRICS üyesi devletler arasındaki işbirliğinin önemli bir adımı olarak öngörülmüştür⁹⁰. IMF’ye yüklenen görevlere kıyasla, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin kendisini mevcut uluslararası para ve finans sisteminin tamamlayıcı bir işlevi olmak beklentisi ile sınırladığı söylenebilir. Daha ziyade, ulusal bütçe açığının temel nedenlerinden biri olan ödemeler dengesindeki kısa dönemli daralma ve baskılara karşı destek fonu sağlamaya odaklandığı görülür. Bu bakımdan kısmen de olsa IMF’nin ödemeler dengesindeki açıkları düzeltmek üzere geçici mali kaynaklar sunması işlevini görür⁹¹.

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi ve IMF statüleri arasındaki konu ve amaç bakımından bu kısa karşılaştırma, BRICS’in küresel ekonomik

⁸⁷ Nitekim, Rusya’nın Ufa şehrinde toplanan VII. BRICS zirvesi, “BRICS Ortaklığı – Küresel Kalkınmanın Güçlü bir Unsuru” teması altında düzenlenmiştir.

⁸⁸ 1. Madde, Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

⁸⁹ Madde I (i) ve (ii), International Monetary Fund, *Articles of Agreement of the International Monetary Fund, 1944* (Washington, D.C.: IMF 2011) 2.

⁹⁰ Ufa Declaration para.16.

⁹¹ Madde I (v), Articles of Agreement of the International Monetary Fund 1944.

düzen üzerinde uyandırabileceği etkinin bir göstergesidir. Andlaşmanın uygulama kapsamının sadece kısa dönemli mali meseleler ile sınırlı tutulmuş olması, bu etki derecesinin kriz odaklı çözümlerin ötesinde uzun dönemli kalıcı makroekonomik değişiklikler yaratmak niyetinin bulunmadığı şeklinde yorumlanabilir.

2. Kurumsal İnceleme

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini kuran Andlaşmanın kurumsal çerçevesinin incelenmesi, faaliyetlerin icrası bakımından iki idari husus üzerinde durmayı gerektirir. Bunlar kurulan çerçevenin *idari yapısı* ile *karar verme usulüne* ilişkin özellikleridir. Bu özellikler bakımından sağlanabilecek etkinlik düzeyi, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin BRICS üyesi devletlerin küresel ekonomik meseleler üzerinde daha güçlü bir söz ve temsil hakkı kazanmak iddialarını ne ölçüde yerine getirebileceğinin bir göstergesi olarak ele alınabilir.

a. İdari Yapısı

BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin idari yapısı iki ana organdan oluşur: i. Governörler Konseyi ve ii. Daimi Komite⁹² İdari açıdan IMF'nin yapısını teşkil eden Governörler Kurulu ve İcra Kurulundan farklı olmadığı görülmektedir⁹³.

i. Governörler Konseyi

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesine ilişkin Andlaşma, Governörler Konseyinin her bir BRICS üyesi devlet tarafından atanacak bir Governör ile bir yedek Governörden teşkil olacağını öngörür⁹⁴. Konsey, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin en yüksek seviyede karar verme organı olarak düşünülmüştür ve stratejik kararlardan sorumlu olacağı açıkça ifade edilmiştir. Nitekim governörlerin maliye bakanı, merkez bankası müdürü veya buna denk olan seviyede bir mevkie sahip kişilerden atanması şart koşulmuştur. Bu şartın IMF anlaşmasında aranmadığı görülür. IMF üyesi devletlerin, kendi belirleyecekleri bir tarzda üye atayabilecekleri kabul edilmiştir⁹⁵. Ancak uygulamada IMF Governörler Kurulunun geleneksel

⁹² Madde 3 (a), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

⁹³ XII. Madde, Bölüm 1, Articles of Agreement of the International Monetary Fund 1944.

⁹⁴ Madde 3 (b), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

⁹⁵ XII. Madde, Bölüm 2 (a), Articles of Agreement of the International Monetary Fund 1944.

olarak üye devletlerin maliye bakanları veya merkez bankası başkanlarından oluştuğu görülür ve yılda bir kez olağan toplanır. IMF içerisinde bir başka organa verilmemiş olan bütün yetkiler Güvernörler Kuruluna verilmiştir ama açıkça devredilemeyeceği öngörülenlerin dışındaki bütün yetkiler uygulamada icra kurulu tarafından kullanılır⁹⁶.

ii. Daimi Komite

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin işleyişi ve idari seviyedeki kararlarından sorumlu olan Daimi Komite, olağan işlerin yürütülmesi ve icrai meseleler ile ilgili faaliyetlerde bulunmak üzere görevlendirilmiştir⁹⁷. Özellikle Düzenlemenin temel işlevi olan likidite ve önleyici tedbirler yoluyla destek taleplerini ve yenilenmesini değerlendirmek ve karara bağlamak hususunda yetkilidir⁹⁸. BICS üyesi her bir devlet tarafından atanan bir direktör ve bir yedek direktörden meydana gelir. Üye devlet aksine bir karar vermemişse, atayacağı direktörleri normal olarak kendi merkez bankası mensupları arasından seçer. Bu bakımdan IMF'nin icra organı olan Yönetim Kurulu ile bir benzerlik içerisinde dir.

BRICS Düzenlemesinden farklı olarak, IMF Yönetim Kurulu 189 üye devlet içerisinde coğrafi ve siyasi olarak uyumlu devlet gruplarını temsil eden 24 direktörden oluşur. Bu direktörlerin 16 tanesi seçimle gelirken, diğerleri en yüksek kotalara sahip olan devletler tarafından atanır. Ancak 2008 tarihli bir değişiklikle en yüksek kotaya sahip olan ABD, Japonya, Almanya, Fransa ve İngiltere tarafından atanan beş direktörün dışında diğer üye devletlere tahsis edilen kontenjan 19'a çıkarılmıştır. 2010 tarihli bir reform kararı ile bu imtiyazlı devletleri temsil eden beş direktör kategorisinin uygulamadan kaldırılmasına ve bazı batı Avrupa devletlerinin temsilinin gelişmekte olan devletler lehine azaltılmasına karar verilmiştir⁹⁹. Yönetim Kurulu, para fonunun günlük işleyişini temin etmekten sorumludur. Bu amaçla, Güvernörler Kurulu tarafından kendisine verilen her türlü yetki ile donatılmıştır¹⁰⁰. Bir anlamda icra direktörleri IMF'nin örgüte bağlı çalışan ve bağımsız

⁹⁶ Lowenfeld (2008), *International Economic Law* 602.

⁹⁷ Madde 3 (c), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

⁹⁸ A.g.e., Madde 3 (c) (ii) ve (iii).

⁹⁹ Matthias Herdegen, *Principles of International Economic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 439.

¹⁰⁰ XII. Madde, Bölüm 3 (a), Articles of Agreement of the International Monetary Fund 1944.

personeli ile siyasi olarak kendi devletlerini temsil eden Governörler arasında bir konumdadırlar. Bir yandan, kendilerini gönderen devletten talimat alma durumunda oldukları izlenimini verirler. Öte yandan, bu direktörler IMF bünyesinde yerleşik olarak görev yaparlar ve Washington'da yaşarlar. Fonun günlük işlerinin yürütülmesi için gerekli görülen sıklıkta toplanır ve karar alırlar. Bu hizmetlerin karşılığında maaşlarını IMF'den aldıkları için kendi devletlerine bağımlı hareket ederek taraf olmaktan ziyade kuruma çalışan objektif davranan profesyonel kişiler olarak algılanırlar¹⁰¹. Bu güven ilişkisinin uygulamada işlerin akıcı yürütülmesi üzerinde önemli etkileri vardır.

Bu bakımdan Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi bir farklılık içerir. Daimi Komitenin direktörlerinin tercihen her bir üye devlet tarafından kendi merkez bankası mensupları arasından tayin edileceği öngörülmüştür. Ancak atanan direktörün, Fonun günlük idari işlerini çalışmakta olduğu merkez bankasındaki görevlerine ek olarak bir maaş almadan mı yürüteceği, yoksa tam gün esasıyla mı görevlendirilecekleri henüz belirsizdir. Her halükarda, bu beş direktörün ve yedeklerinin Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin işlerinin icrası için faaliyet gösterebilecekleri sürekli ve ortak mekân gösterilmemiştir. Bu görünümüyle, genel merkez binası Washington'da bulunan ve hizmetleri tek elden yürüten IMF'den farklılık arz eder. Buna ek olarak, IMF bazı üye devletlerin nezdinde irtibat ofisi kurarak daimi temsilci ile birebir ilişkilerin yürütülmesini sağlar. Ancak Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşmanın 3. maddesi hükmü, bazı yazarlar tarafından kurumsal ve izleme faaliyetleri bakımından, zaman içerisinde mali kaynakların toplandığı havuzun toplam miktarı ve IMF ile bağlantısının niteliği gibi hususlarla birlikte gerekli olan değişikliklere imkan verecek esneklikte yorumlanmaktadır¹⁰². Nitekim ASEAN+3 grubu tarafından kurulan *Chiang Mai Initiative* (CMI) tecrübesi bu yönde başarıyla gelişmiştir¹⁰³.

iii. Yönetim Faaliyeti

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşma, Governörler Konseyi ve Daimi Komite yanında doğrudan bir daimi sekreterlik veya hususi bir izleme birimi kurulmasını öngörmemiştir. Ancak kurucu

¹⁰¹ Lowenfeld (2008), *International Economic Law* 603.

¹⁰² Bizziwick, Cattaneo & Fryer (2015), 'The Rationale' 317.

¹⁰³ Kawai (2010), 'Reform of the International Financial Architecture' 230 *et seq.*

Andlaşmanın 3 (b) (ix). maddesi gerekli görüldüğü takdirde bunların ihdas edilmesi hakkındaki kararı Governörler Konseyine yetkisine bırakmıştır¹⁰⁴. Oysa muadil organlar IMF'in yönetim yapısı içerisinde mevcuttur. IMF'nin idari direktörü, Yönetim Kurulu tarafından kurulun dışında ve guvernör olmayanlar arasından seçilir, IMF başkanıdır ve personelin başında kurumu yönettiği gibi, aynı zamanda Yönetim Kurulunun gündemini -belirlemeye yetkili olmasa da- idare eden ve normal olarak oy hakkı bulunmayan başkanidir. IMF başkanı kurumu temsil eder ve sadece kuruma karşı sorumludur; bir başka otoriteye tabi değildir¹⁰⁵. Ayrıca IMF uluslararası para sistemi içerisinde finansal krizlerin önüne geçebilmek ve istikrarı sağlamak için iki taraflı ve çok taraflı gözetim faaliyetini sürdürmek üzere bir izleme birimine sahiptir. İzleme işlevi, üye devletlerin ekonomik ve mali şartlarını inceleyerek, ulusal, bölgesel ve küresel finansal sorunlar değerlendirme yapmayı içerir¹⁰⁶. Böylece her bir üye devlet ile normal olarak senede bir kez ulusal makroekonomik ve yapısal politikalarının uygunluğu ve bu politikaların döviz kurları üzerindeki etkileri üzerinde danışma görüşmelerinde bulunur. Mali izleme programı kapsamında üye devletlere ekonomik istikrarı güçlendiren politikaları teşvik etmek, ekonomik ve mali krizlere karşı kırılganlığı azaltmak ve fakirliği azaltarak yaşam standartlarını iyileştirmeye yönelik tavsiyelerde bulunmak imkânı ortaya çıkar¹⁰⁷. Bu ilk elden bilgilendirme çok önemlidir. Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinde daimi bir idari merkez ve izleme biriminin eksikliği, andlaşma ile amaçlanan çözümlerin sağlanması için gereken makroekonomik araştırma imkanlarının bu aşamada yetersizliğine işaret etmektedir. İdari teşkilatın başında bir liderin bulunmaması, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin tek bir ağızdan güçlü temsili yerine BRICS devletlerinin fonun işleyişi üzerinde doğrudan etkilerini korumak arzusunda olduklarını gösterir. Müstakil örgüt yapılanmasının eksikliği, IMF karşısında gerçek bir alternatif olarak değerlendirilmesini zorlaştıran durumdur.

¹⁰⁴ Madde 3 (b) (ix), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹⁰⁵ XII. Madde, Bölüm 4 (a-d), Articles of Agreement of the International Monetary Fund 1944.

¹⁰⁶ A.g.e., IV. Madde Bölüm 3.

¹⁰⁷ Alexander, Dhumale & Eatwell (2006), *Global Governance of Financial Systems* 87-8.

b. Karar alma Nisabı
i. Uzlaş (Konsensüs)

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi, hem Governörler Konseyi ve hem de Daimi Komitede uzlaş esasına dayanan bir oylama sistemi ihdas etmiştir. Her ne kadar Governörler Konseyinde karar alma usulü uzlaşma esasını istisnasız zorunlu kılmış ise de Daimi Komite kararları prensip olarak uzlaş ile alınmalıdır. Fakat buna istisna teşkil edebilecek durumlar, bütün taraf devletler ile kredi sağlayacak olan taraf devletler ayrımı gözetilerek sayılmıştır. Şöyle ki, likidite ve ihtiyaten (önleyici) tedbir mahiyetindeki destek veya desteğin yenilenmesi taleplerinin onayı, kreditor devletlerin ağırlıklı oylarının salt çoğunluğuna tabi kılınmıştır¹⁰⁸. Öte yandan, istisnai durumlarda onay şartlarından, teminat ve istenen belgelerden feragat etme kararları ile devletin kredisini kullanmak için paraya çevirme talebi ve andlaşmanın ihlalden ötürü yaptırım uygulanması kararları sadece kreditor devletlerin uzlaşması ile alınabilir¹⁰⁹. Bunların dışında diğer bütün kararlar için taraf devletlerin uzlaşması ve aralarında görüş birliği aranır.

Bu düzenleme içerisinde taraf devletlerin Koşullu İhtiyat-Fonu kaynaklarına taahhüt ettikleri katkı payı aynı olmamasına rağmen -örneğin Çin'in 41 milyar ABD dolarına karşı Güney Afrika'nın 5 milyar ABD doları bireysel kaynak taahhüdünde bulunması-, BRICS devletlerinin karar alma nisabı olarak görüş birliğine dayanan bir esası benimsediği görülmektedir. Dolayısıyla hem Governörler Konseyindeki stratejik kararlar ve hem de Daimi Komitedeki icra kararları bakımından, BRICS içerisinde oy ağırlığının üye devletlerarasında eşit olarak dağıldığı görülmektedir. Bu demokratik eşitlik içerisinde dengelenmiş oy sisteminin, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin işleyişine yüksek derecede bir meşruiyet kazandırdığını söylemek mümkündür. Nitekim kararlarda eşitler arasında uzlaş esası ile karar almak usulü, finansal ilişkilerde egemen eşit muamele görmek isteyen diğer devletler bakımından Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesine taraf olmayı cazip bir alternatif haline getirebilir¹¹⁰. Andlaşmanın kendisi bu olasılığı

¹⁰⁸ Madde 3 (c) (i) (ii), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹⁰⁹ A.g.e., Madde 3 (c) (v) (vi) (vii).

¹¹⁰ Bizziwick, Cattaneo & Fryer (2015), 'The Rationale' 317.

düzenleyen bir hüküm içermektedir¹¹¹. Böylece BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi bütün devletlerin üyeliğine açık bir oluşumdur. Bununla birlikte eşitliğe dayanan bir uzlaşma sisteminin çok sayılı bir kurumda işlerliği şüphelidir. Buna iyi bir örnek Avrupa Birliğidir: oybirliği ile karar alma kuralı artan üye sayısı ile yerini nitelikli çoğunluk ve salt çoğunluk nisabı ile karar almaya bırakmıştır. Burada da Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin demokratik meşruiyeti ile sağladığı avantaj, çıkarları örtüşen nispeten az sayıda üye devletin taraf olmasıyla sınırlı olacaktır. Kendi şartları içerisinde ekonomik istikrar ve krizlere karşı finansal hazırlık içinde bulunmak isteyen gelişmekte olan devletlere küresel ekonomik politikaların şekillenmesinde daha çok söz hakkı ve temsil gücü sağlayabilir.

Buna karşılık, IMF içerisinde farklı bir ağırlıklı oya dayanan karar alma nisabı uygulanır¹¹². Üye Devletlerin oyları, örgüte yaptıkları daha önce belirlenmiş bir mali katkı payı (kota) oranında ağırlığa sahiptir. Buna göre her devlete öncelikle 250 oy esas olarak tahsis edilir ve ayrıca 100,000 özel çekme haklarına (SDR) denk düşen bir kota miktarı karşılığı olarak bir oy ek olarak verilir. Aksine bir hükmün bulunmadığı hallerde, bütün kararlar kullanılan oyların çoğunluğu ile alınır¹¹³. Ancak üye devletlerin kotalarının değiştirilmesi¹¹⁴ veya Yönetim Kurulu üyesi direktörlerin sayısının değiştirilmesi¹¹⁵ gibi esaslı kararlar ise, Güvernörler Kurulunda mevcut oyların %85 çoğunluğunu gerektirir. ABD tek başına toplam oyların %16.74'üne sahip olduğu için, esaslı kararların alınması bakımından fiilen veto hakkı vardır. Dolayısıyla IMF'nin mevcut karar alma nisabında BRICS devletleri lehine yapılacak bir düzenleme, içerisinde ABD'nin de bulunduğu %85 oranında nitelikli bir oy çoğunluğu ile alınabilir.

¹¹¹ Madde 3 (b) (ii), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹¹² Beş büyük üye devletin ağırlıklı oyları, toplam oy hakkının % 40 oranındadır. Brown (2003), 'IMF Governance' 134.

¹¹³ Tenney & Humphreys (2011), *Historical Dictionary* 309.

¹¹⁴ Madde III, Bölüm 2 (c), Articles of Agreement of the International Monetary Fund 1944.

¹¹⁵ A.g.e., Madde XII, Bölüm 3(b).

*IMF ve İdari Reform İhtiyacı*¹¹⁶

IMF'nin 1997-1998 Asya finansal krizindeki tutumu, uluslararası finansal alandaki rolü ve meşruiyetini sorgulanır hale getirmiştir.¹¹⁷ Özellikle krizden etkilenen ülkelerde tepkilerin odağı haline gelen IMF'ye karşı duyulan derin güven bunalımını aşmak için, bir şekilde yükselen piyasa ekonomilerine ve gelişmekte olan ülkelere uluslararası mali düzenin işleyişi ve şekillenmesinde daha fazla söz ve temsil hakkı tanınmasının mevcut finans kurumlarına kaybettikleri itibar, güvenilirlik ve meşruiyeti yeniden kazandırabileceği düşünülmüştür.¹¹⁸ Bunu gerçekleştirmek için ilk adım, 1999 tarihinde gelişmiş ülkelerin G-7 grubunun G-20'ye genişletilmesiyle, bazı yükselen piyasa ekonomileri veya gelişmekte olan ülkelerin uluslararası ekonomik ilişkilerde artan etkisinin tanınmasıdır. Böylece bu ülkeler, küresel finansın idari yapısı ve işleyişine ilişkin temel sorunların tartışıldığı üst düzey forumlara dahil edilmiştir.¹¹⁹ IMF finansal destek programlarına bağlanan, zarar eden bankaların kapatılması, kamu harcamalarında köklü kesintiler ve faiz oranlarının arttırılması gibi koşulların uygulamada ters sonuçlar vermesi ve ekonomik krizin ve sosyal etkilerini derinleştirmesi üzerine¹²⁰ IMF'nin kendisi mali kaynak yetersizliği, idari vesayet ve meşruiyet sorunlarıyla karşılaşmış ve uluslararası finansal sistemin yapısal reform ihtiyacını telaffuz etmek zorunda kalmıştır.¹²¹

2008 tarihli G-20 zirvesi bildirisinin, bu amaçla önerdiği çeşitli alanlardaki reformlardan¹²² bir tanesi *Bretton Woods* uluslararası finans kurumlarında idari ve mali reformlar yapılması gereği olmuştur. Ancak bundan önce 2006 tarihinde Singapur'da yapılan IMF ve Dünya Bankası Ortak Yıllık Toplantılarında, ekonomik güçleri oranında en az temsil edilen Çin, Güney Kore, Meksika ve Türkiye'ye kota ve temsilde *ad hoc*

¹¹⁶ Bu husustaki öneriler için, Brown (2003), 'IMF Governance' 141-5.

¹¹⁷ Stiglitz (2002), *Globalization and its Discontents* 89-132.

¹¹⁸ Ngaire Woods, 'Global Governance after the Financial Crisis: A New Multilateralism or the Last Grasp of the Great Powers?' (2010) 1 *Global Policy* 53.

¹¹⁹ Nakagawa (2010), 'Reconstructing' 115-6.

¹²⁰ Ross P. Buckley, 'Reforming the International Monetary Fund' (2012) 3 *Global Policy* 104-5.

¹²¹ Wolff (2013-14), 'Failure of the International Monetary Fund' 117-9.

¹²² Şeffaflığın ve hesap verilebilirliğin güçlendirilmesi; etkili hukuki düzenlemenin arttırılması; finans piyasaların bütünlüğünü teşvik etme; ve uluslararası işbirliğini arttırma alanlarındaki gelişmeler için bkz. Kawai (2010), 'Reform of the International Financial Architecture' 219-28.

artış verilmişti. Daha sonra ikinci *ad hoc* değişiklik, bütün üye ülkelere büyüklüğüne bakılmaksızın aynı ölçüde (250 olarak belirlenmiş) temel oylarında artış yapma ve Yönetim Kurulunda bulunan Afrika ülkenin temsilini genişletme şeklinde olmuştur. 2008 yılında ise IMF'nin Guvernörler Kurulu sarsılan güvenilirliği ve meşruiyetini yeniden kazanmak amacıyla kota ve temsil oranlarında köklü değişiklikler önermiştir ve yeni üyelerin de katılımıyla artmasına rağmen toplam 46,000 olan temel oy miktarı, Fonun içerisindeki toplam mevcut oy hakkının sadece %2.1'ini teşkil eder¹²³. Bütün bunlar, IMF içerisinde sadece %5.4 oranında oy hakkının gelişmiş batılı ülkelere, gelişmekte olan ülkeler ve yükselen piyasa ekonomilerine geçişi sağlamıştır¹²⁴. Ancak bu artış çok nominal bir değerde olduğu için, özellikle Çin, Brezilya ve Hindistan, aynı zamanda önerilen yeni borç alma düzenlemelerine (NAB) daha ciddi artışlar içeren reformlar yapılmadığı sürece katılmayı reddetmişlerdir. Onun yerine katılımı, yatırım olarak gördükleri IMF notlarını satın almayı tercih etmekle yapmışlardır. 2009 yılında İstanbul'da yapılan IMF ve Dünya Bankası ortak yıllık toplantılarında, gelişmekte olan ülkeler ve yükselen piyasa ekonomilerine güçleri ile daha orantılı bir rol vermek için IMF ve Dünya Bankasının yönetiminde reform yapılması önerisi yenilenmiş ve buna uygun bir reform paketi 2010 yılında G20 zirvesi tarafından kabul edilerek, IMF'nin kota havuzunun neredeyse iki misli artırılması önerisi diğer bütün üye devletlerin onayına sunulmuştur. Bunun karşılığında Çin, Hindistan, Brezilya ve Rusya satın aldıkları IMF notlarının IMF'nin yeni borç alma düzenlemelerine (NAB) içerisine mali kaynak olarak aktarılmasına müsaade etmişlerdir. 2010 Reformları ile IMF içerisinde en az %5 oranında oy haklarının ve Dünya Bankası içerisinde ise, %3 oranında oy haklarının gelişmiş ülkelere kaydırılacağı üzerinde anlaşmaya varılmıştır. Hatta aynı yıl her iki kurumun Yönetim Kurulları daha büyük oranda değişiklikleri, üye devletlerin onayı şartına bağlı olarak, kabul etmiş ve her bir devletin dünyanın toplam GDP'si

¹²³ 2008 Reformu esaslı oyları iki misli yapmayı önermiştir. Tenney & Humphreys (2011), *Historical Dictionary* 309.

¹²⁴ Kota artışı: Kore için + % 106, Singapur için + % 63, Türkiye için + % 51, Çin için + % 50, Hindistan, Brezilya ve Meksika için ise + % 40 olmuştur. Bkz. Woods (2010), 'Global Governance after the Financial Crisis' 53.

içerisindeki yerinin¹²⁵ onun payına düşen oy miktarının hesaplanmasında asli ölçüt olması gerektiğini benimsemiştir¹²⁶.

Bütün devletler ve özellikle ABD yönetimi tarafından kabul görmesine rağmen, ABD Kongresi çeşitli vesilelerle anlaşmayı onaylamayı reddetmiştir. ABD bütçesine ciddi bir yük getirmediği halde, Kongredeki muhafazakâr Cumhuriyetçi parti çoğunluğu, mevcut Demokrat başkanlık ve idaresine ve çok taraflı uluslararası ekonomik örgütlere-özellikle IMF'ye- karşı aldıkları olumsuz tavır yüzünden, onaylanmayan reformların hayata geçmesi şimdiye kadar mümkün olmamıştır.¹²⁷ Böylece *Bretton Woods* kurumlarının reformu ABD tarafından tıkanmış ve uluslararası para ve finans düzeni bir çıkmazın içerisine sürüklenmiştir. Nitekim 2015 tarihli BRICS *Ufa* Zirvesi bildirisi, 'IMF 2010 reform paketinin ABD tarafından onaylanmasının çok uzun bir süreden beri geciktirilmesinden derin bir hayal kırıklığına uğradığını ve bu durumun IMF'nin güvenilirliğine, meşruiyetine ve etkinliğine zarar vermeye devam ettiğini' açık bir ifade ile ortaya koymuştur¹²⁸. BRICS ülkeleri, kendi ekonomileri dünya ekonomisinin beşte birinden fazlası teşkil ettiği halde, bünyesinde sadece toplam %11 oy hakkına sahip oldukları IMF'nin idari yapısının reform edilmesinin engellenmesini hakkaniyete aykırı bulmaktadırlar¹²⁹. Bunu telafi etmek amacıyla Yeni Kalkınma Bankası ve BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini kurmuşlardır

ii. Çoğunluk Nisabı

Yukarıda ifade edildiği gibi, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi içerisinde karar almada esas olan uzlaşma ilkesi bazı istisnai durumlarda uygulanmaz. Andlaşma, Daimi Komitenin likidite ve ihtiyaten (önleyici) tedbir mahiyetindeki destek veya desteğin yenilenmesi taleplerinin

¹²⁵ Bu tartışmalar için bkz. Lorenzo Fioramonti, 'A Post-GDP World? Rethinking International Politics in the 21st Century' (2015) 7 *Global Policy* 15-25.

¹²⁶ Ayrıntılı eleştirel bir analiz için bkz. Jakob Vestergaard & Robert Wade, 'Still in the Woods: Gridlock in the IMF and World Bank Puts Multilateralism at Risk' (2015) 6 *Global Policy* 2-5.

¹²⁷ Robert Wade & Jakob Vestergaard, 'Why is the IMF at an Impasse, and What Can Be Done about It?' (2015) 6 *Global Policy* 290-5.

¹²⁸ Ufa Declaration para.19, VII. BRICS Summit, Ufa, Russia, 9 July 2015, <http://en.brics2015.ru/documents/> ; <http://www.brics.utoronto.ca/docs/>

¹²⁹ Raj M. Desai & James Raymond Vreeland, 'What the new bank of BRICS is all about' The Washington Post 17 July 2014.

onayını bu istisnanın içerisinde görmüştür¹³⁰. Bu hallerde karar nisabı kreditor devletlerin ağırlıklı oylarının salt çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Böylece BRICS, Daimi Komitenin tarafından işleyişe ilişkin alınan kararlarda esnek bir oylama sistemi benimsemiştir.

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi içerisinde her bir üye devletin oy hakkı, ona tahsis edilen oyların taşıdığı ağırlığa orantılıdır. Temelde oylar kotaya bağlı bir esas ile tahsis edilir. Şöyle ki, toplam oy hakkının %95'i her bir üye devletin ihtiyat fonu kaynaklarına taahhüt ettiği bireysel mali katkının miktarına göre taraflar arasında dağıtılır. Diğer yandan, toplam oy hakkının %5'i ise, taraflar arasında eşit bir şekilde paylaşılır.¹³¹ Bu şekli ile oy paylaşılma sistemi IMF'den farklı değildir.¹³² Nitekim, BRICS 2014 tarihli *Fortaleza* Bildirisinde IMF'nin kotaya dayanan bir kurum olarak kalması gerektiğini ama yönetim yapısının modernleştirilerek yükselen piyasa ekonomileri ve gelişen ülkelerin dünya ekonomisindeki artan ağırlığını daha iyi yansıtan bir hale gelmesi gerektiğini savunmuştur¹³³. Bu yüzden, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinde çoğunluk kararları bakımından kotaya dayalı bir oy hakkı görüşünü benimsemesi IMF sistemiyle uyumluluk gösterir.

Mali Kaynak ve Oy Hakkı Paritesi

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşmanın 3 (e). maddesi göre, basit veya nitelikli oy çoğunluğunun arandığı hallerde Daimi Komite içerisinde her bir taraf devletin oyuna atfedilen ağırlığın hesaplanması şu şekilde belirlenmiştir: i. Eşit oylar ve ii. Ağırlıklı oylar

Eşit oylar, toplam oy hakkının %5'ini teşkil eder ve taraf devletler arasında eşit olarak dağılır. Buna karşılık ağırlıklı oylar ise, toplam oy hakkının %95'ini teşkil eder ve taraf devletler arasında göreceli olarak dağılır. Burada belirleyici ölçüt, her bir taraf devletin fonun mali kaynaklarının oluşturulmasına bireysel olarak taahhüt ettiği katkı payı ile orantılıdır. Böylece Fon Düzenlemesinin her bir taraf devletin oyuna verilecek hukuki ağırlığın hesaplanması için öngördüğü matematiksel formül, toplam oy hakkının %5'i x 1/taraf sayısı + toplam oy hakkının %

¹³⁰ Madde 3 (c) (ii) (iii), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹³¹ A.g.e., Madde 3 (e).

¹³² Riesenhuber (2001), *The International Monetary Fund*, 8-10.

¹³³ Paragraf 18, Fortaleza Declaration and Action Plan, The Sixth BICS Summit of 2014, Brazil.

95'i x t/100 milyar ABD doları = o taraf devletin oyuna % olarak atfedilecek ağırlıktır. Burada 't' taraf devletin fonun mali kaynaklarının oluşturulmasına bireysel olarak taahhüt ettiği katkı payıdır. Bu formülden taraf devletlerin oylarının taşıdığı ağırlık şöyle şekilde hesaplanır:

- Çin (41 milyar ABD doları bireysel mali taahhüt ile): %39.95
- Hindistan (18 milyar ABD doları bireysel mali taahhüt ile): %18.1
- Rusya (18 milyar ABD doları bireysel mali taahhüt ile): %18.1
- Brezilya (18 milyar ABD doları bireysel mali taahhüt ile): %18.1
- Güney Afrika (5 milyar ABD doları bireysel mali taahhüt ile): %5.75

Çin'in Çoğunluk Kararlarındaki Hakimiyeti

Çin, 41 milyar ABD doları bireysel mali taahhüt ile İhtiyat-Fonunun toplam kaynaklarının yarıya yakın bir kısmını karşılamaktadır. Dolayısıyla, diğer taraf devletlere kıyasla Çin en çok oy hakkına sahiptir. Bu ise, ona 3. maddenin c.ii ve c.iii fıkralarındaki likidite ve ihtiyaten tedbir mahiyetindeki destek veya desteğin yenilenmesi taleplerinin onayı hakkındaki kararları önemli ölçüde etkileyebilme gücünü verir. Eğer kredi talebinde bulunan taraf devletin oylamadan muaf tutulacağı düşünülürse, bu durum daha bir ciddiyet arz edebilir. Buna rağmen, oy hakkı dağılımı sisteminin Çin'i fiilen tek başına karara alma durumuna getirmediği görülmektedir. Bu düzenleme içerisinde, Çin'e tahsis edilen oy ağırlığı hiç bir durumda kendi başına salt çoğunluğa yetecek bir seviyeye ulaşmayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna örnek verilmek gerekirse, aynı mali katkı payına sahip Hindistan, Rusya veya Brezilya'dan biri mali destek talebinde bulunursa, Daimi Komitede buna ilişkin bir kararın alınabilmesi için, talepte bulunan devletin dışındaki diğer kreditor taraf devletlerin salt çoğunluğunun onayı gerekmektedir.¹³⁴ O halde, ancak toplam kalan oy hakkının %40.95'ine ulaşıldığı takdirde, kreditor taraf devletlerin oy ağırlığında basit çoğunluk sağlanmış olabilir. Yukarıdaki formüle göre hesaplandığında, %100 oranındaki hak edilen oy sayısı - %18.1 talep eden devletin oy hakkı = %81.9 karar nisabına esas teşkil eden oy hakkı olacaktır. Çin'in tek başına sahip olduğu oy hakkı %39.95 ile sınırlı kalacağı için, bir başka taraf devletin desteğini almadan tek başına olumlu veya olumsuz karar nisabını karşılayamamaktadır. Buna karşılık, içerisinde Çin'in bulunmadığı bir çoğunluğun (%18.1 + %18.1 + %5.75 = %41.95) karar nisabına ulaştığı görülmektedir. Sonuç olarak

¹³⁴ Madde 3 (c) (ii), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

Daimi Komitede uzlaşının aranmadığı durumlarda, Çin tek başına karar alamadığı gibi bir karar alınabilmesi için Çin'in oylarına da ihtiyaç yoktur. Fakat onun dışındaki bir üçlü koalisyonun oyları gerekir.

Bundan şu şekilde sonuç çıkartmak mümkündür: her bir tarafın oy hakkına atfedilen ağırlık öyle bir şekilde hesaplanmıştır ki, bir mali destek talebi, eğer Çin'in olumlu oyu varsa, en az bir diğer kreditor devletin onayı ile karşılanabilir. Buna karşılık Çin'in karşı oy kullanması halinde, en az kalan diğer üç kreditor taraf devletin ortak olarak mali destek talebini uygun görmesi gerekir. Böylece Çin'in oylamadaki hakim durumu, sadece kendisinin taraf olacağı ikili koalisyonlara imkan tanır; ama kendisine veto hakkı vermez.

Demokratik Meşruiyet

BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşmaya taraf beş devletin hepsinin Güvernörler Konseyi ve Daimi Komitesinde eşit olarak temsil edilmeleri, mali kurumlaşmada demokratik meşruiyetin gözetildiği anlamına gelir. Bunun bir ölçütü olarak taraflar arasında bazı istisnaların dışında bütün kararların uzlaşma esasına dayanarak alınması gösterilebilir. Bu durumun tek istisnası ise, Daimi Komitede basit çoğunluğa dayanan mali destek taleplerinin onaylanması kararlarıdır.¹³⁵ İhtiyat Fonunun işleyişinde uzlaşma yolu ile demokratik katılımın sağlanması, üzerinde görüş birliği sağlanmış kararların meşruiyetini temin eder.¹³⁶ Ancak bir veya daha çok taraf için önem taşıyan esaslı meselelerin üzerinde ortaya çıkabilecek görüş farklılıklarının giderilemediği hallerde bir karar alınmasını güçleştirebilir ve karar etkinliğinin sadece tali hususlarla sınırlanmasına yol açabilir.

BRICS devletleri arasındaki farklılıklar ve çıkar çatışmaları göz önüne alındığında¹³⁷ grubun heterojen yapısı karşısında bu tür bir düzenlemenin kurumsal başarı için nasıl bir verim sağlayabileceği

¹³⁵ Yukarıda not.96.

¹³⁶ Nitekim Daimi Komitenin bütün meseleler üzerinde görüş birliğine ulaşmak için azami çabayı sarf edeceğini öngörmesi, taraf devletler arasında demokratik meşruiyeti ön plana çıkardığını gösterir. Madde 3 (d), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹³⁷ Pedro Morazán *et al.*, *The Role of BRICS in the Developing World* (Brussels: EU Directorate-General for External Policies, 2012) 27.

tartışma konusudur.¹³⁸ Öte yandan, basit çoğunluğun arandığı kararlar bakımından, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi içerisinde oy hakkının dağılımı sistemi aslında prensip olarak kotaya dayanan oy ağırlığını benimsemiş olan IMF sisteminden ciddi farklılıklar göstermemektedir¹³⁹. Bununla birlikte IMF içerisinde %85 nitelikli çoğunluk aranan kararlarda ABD'nin oy dağılımındaki hakim durumu kendisine veto hakkını vermektedir. Bunun aksine, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi Çin'e tek başına karar alma ve kararı veto hakkını tanımamaktadır. Bu yönden de Düzenlemenin daha yüksek bir demokratik meşruiyet amaçladığı görülmektedir. Nitekim andlaşmada tarafların bu niyeti açıkça Daimi Komitenin bütün meseleler üzerinde uzlaşma sağlanması için gayret sarf edeceğini şeklinde beyan edilmiştir.

3. Hukuki Statüsü

BRICS Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşmanın 19. maddesi, ihtiyat fonunun bağımsız uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmadığını ve uluslararası andlaşmalara taraf olamayacağı gibi, dava etmek ve dava edilmek kapasitesinin bulunmadığını açıkça hükme bağlamıştır.¹⁴⁰ İhtiyat fonu uluslararası hukukun tarafı sıfatını taşımadığı için bir uluslararası örgüt değildir. Bu yönüyle fon, faaliyetlerini destekleyen bir örgüt yapısı kurmadan yapılmış özgün nitelikte çok taraflı finansal düzenlemedir. Bu durumun, ihtiyat fonu düzenlemesinin uygulamadaki işleyişi üzerinde doğrudan etkileri vardır. Taraf devletler, fon faaliyetlerinin yürütülmesinin her safhasına aktif olarak katılma iradesini ortaya koymuşlardır. Bunun pratik bir sonucu olarak, bir uluslararası örgüt yapısından ziyade BRICS devletlerinin kendisi, mali destek talep eden devletin ihtiyacını karşılamak üzere hareket edecektir. Andlaşmanın 5 (c). maddesi, kredi kullanımının 'bağılantısız kısmını' kreditor devletlerle yapılacak anlaşmaya tabi kılmaktadır¹⁴¹. Daimi Komitenin taleplere onay verme kararı dahili bir tasarruf olduğuna göre, uluslararası etkiden mahrumdur. Böylece ne Koşullu İhtiyat-Fonu

¹³⁸ Rolland (2013), 'The BRICS' Contributions' 167-8, *Cf.* iyimser analizler için bkz. Cooper & Farooq (2013), 'BRICS' 129; Mikko Huotari & Thilo Hanemann, 'Emerging Powers and Change in the Global Financial Order' (2014) 5 *Global Policy* 306-7.

¹³⁹ IMF'de tepki uyandıran sistemin incelenmesi için bkz. Vestergaard & Wade (2015), 'Still in the Woods' 4.

¹⁴⁰ Madde 19, Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹⁴¹ *A.g.e.*, Madde 5 (c).

Düzenlemesinin, ne de Daimi Komitenin uluslararası bir andlaşma akdetme kabiliyeti bulunmadığına göre, BRICS devletleri kendileri mali destek talebinde bulunan devlet ile yapılacak bağlayıcı nitelikteki sözleşmeye bireysel olarak taraf olacaklardır. Bu tarzdaki işleyişin taşıdığı bir tehlike, her ne kadar mali destek talebi Daimi Komite tarafından uygun görülmüş olsa da bu durum onay kararından sonra bütün kreditor devletlerin sözleşmeyi yapmak hususunda istekli olacağı anlamına gelmez. Nitekim, siyasi saikler ile tek taraflı çekimserlik gösteren bir devlet, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin faaliyetlerini güçleştirebilir.

Bunun aksine, IMF uluslararası hukuk kişiliğine sahip BM ihtisas kurumudur.¹⁴² Uluslararası kişiliği, kendisine kurucu andlaşma ile verilmiş olan amaç ve işlevlerini yerine getirebilmesi için, özellikle andlaşma akdetme, mülk edinme ve dava açmak kapasitesini vermektedir.¹⁴³ Ayrıca IMF, açıkça feragat etmediği sürece aleyhine açılacak her türlü davaya karşı muafiyet hakkına sahiptir. Şüphesiz Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaması, kurucu andlaşmadaki amaçlarını etkili bir şekilde yerine getirerek, IMF'ye alternatif olmasını güçleştirir.

V. Mali Kaynaklar ve Elverişliliği

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin başarısı, fonun sağladığı mali desteğin etkinliği ile ölçülür. Çünkü mali destek ihtiyacında olan bir devlet, eğer alacağı yardım miktarı içinde bulunduğu ekonomik krizden kurtulmasına imkân verirse, bu yönde bir talepte bulunmayı düşünür. Bu ise, genel olarak ihtiyat fonunda kullanıma açık mali kaynakların hacmi ve elverişliliğine bağlı bir husustur.

1. Kaynak Hacmi

Koşullu İhtiyat-Fonuna taahhüt edilen kaynakların başlangıçta toplam miktarı, 100 milyar ABD doları olarak belirlenmiştir. Bu fondaki kaynaklar, andlaşmaya taraf olan BRICS devletlerinin katkılarıyla oluşur. Her bir taraf devletin mali kaynaklar içerisindeki katkı payı, göreceli olarak onun ekonomik büyüklüğüne bağlanmıştır. Böylece, Çin 41 milyar ABD doları, Brezilya 18 Milyar ABD doları, Rusya 18 Milyar ABD doları, Hindistan 18 Milyar ABD doları ve Güney Afrika 5 Milyar ABD

¹⁴² Riesenhuber (2001), *The International Monetary Fund*, 64-5.

¹⁴³ Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion *ICJ Reports*, 1949, p.174, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Seventh edn, Oxford: Oxford University Press, 2008) 676-85.

doları bireysel taahhütte bulunmuştur¹⁴⁴. Ancak bireysel taahhütlerin derhal fona aktarılması söz konusu değildir. Andlaşma, mali desteğin kullanıma açılmasını onay kararına kadar her bir taraf devletin taahhüt etmiş olduğu katkı payı üzerinde tam mülkiyet haklarını koruyacağını ve parayı zimmetinde tutacağını hükme bağlamıştır.¹⁴⁵ Kullanıma açılma zamanı, mali destek talebinin onaylanmasını müteakip döviz değişiminin fiilen yapıldığı zamandır. Dolayısıyla, o tarihe kadar olan zaman zarfında fon düzenlemesinin, dolar rezervlerinin gerçekten bir havuzda toplanması yerine, bir nevi ‘ödeme senedi modeli’ üzerinden yürütüleceği öngörülmüştür. Oysa IMF Statüsü her devletin üyelik katkı payını IMF’deki hesabına peşin olarak yatırmasını öngörür.

IMF’nin 780 milyar ABD doları olan kullanıma elverişli mali kaynakları ile kıyaslandığı takdirde, Koşullu İhtiyat-Fonun kaynak hacminin nispeten sınırlı olduğu görülür. Daha doğru bir etki değerlendirmesi *Chiang Mai Initiative Multilateralization* (CMIM) ile yapılabilir. CMIM kaynakları 240 milyar ABD dolarına varan bir çok taraflı döviz değişim düzenlemesidir¹⁴⁶. Ancak *Chiang Mai Initiative* (CMI), 1997-1998 Asya finans krizinden sonra ASEAN+3 grubu tarafından yapılan bir anlaşma ile yerini CMIM’ya bırakmıştır. Kurumsal olarak da Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesinin CMI/CMIM yapılanmasına benzediği görülür. CMI oluşumunda, başlangıçta daimi bir sekreteryaya veya yerleşik bir ofise sahip değildi ve sadece temel gözetim kapasitesiyle faaliyet göstermekteydi. İlginç olan CMIM, Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesinden daha büyük mali kaynak hacmine sahip olduğu halde 2008 küresel finans krizinin Asya’yı etkilemesinde önleyici bir rol oynamamıştır¹⁴⁷. Oysa BRIC ülkelerinin yabancı döviz rezervlerinin 2014 tarihi itibarıyla yaklaşık 4.4 trilyon (2016 itibarıyla tahmini 5.5 trilyon) ABD doları olduğu düşünürse, %16 oranında bir taahhüt ile Koşullu İhtiyat-Fonundaki havuzu 700 milyar ABD dolarına çıkartabilecek kapasiteye sahiptir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Madde 2 (a), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹⁴⁵ A.g.e., Madde 2 (b).

¹⁴⁶ Cattaneo, Biziwick & Fryer (2015), ‘The BRICS Contingent Reserve Arrangement’ 3.

¹⁴⁷ Kawai (2010), ‘Reform of the International Financial Architecture’ 231-6.

¹⁴⁸ Kavaljit Singh, ‘Strengthening Financial Stability? The Promise and Pitfalls of BRICS’ 100 Billion Dollar “Contingency Reserve Arrangement” (CRA)’ *Global Research* 5 July

2. Kredi Sınırı

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşmanın 5 (a). maddesi, taraf devletlerin mali kaynaklara önceden tespit edilen azami tahsisat sınırına tabi olarak hak kazanacağını ifade etmektedir¹⁴⁹. Bu üst sınır, her bir taraf devletin bulunduğu bireysel katkı payı taahhüdünün belirtilen oranlarda katlanmış miktarına eşittir. Bu oranlara göre, Çin'in bireysel katkı payı x 0.5 oranında katlanmak üzere azami 20.5 milyar ABD doları kredi tahsisine, Brezilya, Rusya ve Hindistan'ın bireysel katkı payı x 1 oranında olmak üzere azami 18 milyar ABD doları kredi tahsisine ve Güney Afrika'nın bireysel katkı payı x 2 oranında katlanmak üzere azami 10 milyar ABD doları kredi tahsisine kadar hak kazandığı görülür. Böylece hem likidite ve hem de ihtiyaten tedbirler şeklinde tahsis edilebilecek toplam mali destek miktarı, her bir parti için belirlenen bu azami sınırı geçemeyecektir. Bu üst sınırlarda ifade edilen kredi miktarlarının küresel bir mali kriz sırasında ne derece yeterli veya etkili olacağı tartışmalıdır¹⁵⁰.

Ciddi bir ödemeler dengesi açığı yaşayan bir taraf devletin mali destek ihtiyacını karşılamakta yetersiz kalması, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin etkili bir seçenek olarak kullanılması olasılığını azaltacağı şüphesizdir. *Cattaneo ve diğerleri*, kullanıma elverişli kredi kaynaklarının miktarı ve niteliği üzerindeki bu sınırlamaların etkisini 1997 Asya mali krizi sırasında Tayland örneği ile açıklar: Tayland IMF'den 17.2 milyar ABD doları yardım istediği zaman, gayri safi yurtiçi milli hasılası (GDP) bugün Güney Afrika'nın sahip olduğu gayri safi yurtiçi milli hasılanın sadece % 40 oranındaydı. Oysa halihazırda Güney Afrika'nın Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi içerisinde en fazla 10 milyar ABD dolara kadar kredi tahsisine hakkı vardır¹⁵¹.

Ancak belki de İhtiyat Fonu, IMF gibi bir kurtarma amaçlı fonu ikame etmekten çok bir finansal kriz sırasında BRICS devletlerinin sınırlı

2014, <http://www.globalresearch.ca/strengthening-financial-stability-the-promise-and-pitfalls-of-brics-100-billion-dollar-contingency-reserve-arrangement-cra/5389985>

¹⁴⁹ Madde 5 (a), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹⁵⁰ Ben Steil & Dinah Walker, 'Is the BRICS Contingent Reserve Arrangement a Substitute for the IMF?' 6 August 2014, Geo-Graphics, Council on Foreign Relations, <http://blogs.cfr.org/geographics/2014/08/06/bricsra/#>

¹⁵¹ Cattaneo, Bizziwick & Fryer (2015), 'The BRICS Contingent Reserve Arrangement' 6.

anlamda karşılıklı yardım etme taahhüdü olarak görülebilir. *Schöllmann* bunu iki olası durum çerçevesinde açıklamaktadır. Ya ödemeler dengesi krizi içerisindeki bir ülkenin merkez bankası, kendi iç piyasasında parasının değerini koruyabilmek için döviz ihtiyacında duyabilir ve diğer taraf ülkelerden yardım ister; ya da hükümet kısa dönemli likidite problemi yaşayabilir ve döviz rezervlerinin daralması karşısında acil ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmek için fondaki tahsisatını kullanır¹⁵². Düzenleme bu yüzden ihtiyati mahiyettedir.

3. Onay Koşulları

Daimi Komite, likidite ve önleyici tedbirler yoluyla destek taleplerini ve bu taleplerin yenilenmesini onaylamaya yetkilidir. Ancak bunu yaparken, Andlaşmanın 5. maddesinde öngörülen bazı koşulların yerine getirilip getirilmediğini incelemek zorundadır. Onay koşullarının ne derece sıkı uygulanacağı, bir anlamda talep edilen mali desteğin azami tahsis sınırına olan oranına bağlı olacaktır. Doğal olarak talep edilen yardım miktarı ne kadar yüksek ise onay koşullarının da o ölçüde sıkı arandığını düşünmek gerekir. Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinde sağlanacak kredi ikili bir ayırıma tabi tutulmuştur: her bir taraf devlet için hesaplanan azami tahsisat sınırının %30'una tekabül eden '*bağlantısız kısım*' ve her bir taraf devlet için hesaplanan azami tahsisat sınırının %70'ne tekabül eden '*IMF ile bağlantılı kısım*'.

a. Bağlantısız Kısım

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesini Kuran Andlaşma, mali destek talep eden taraf devletin 14. maddede belirtilen koşulları yerine getirmesi halinde kendisi için hesaplanan azami tahsisat sınırının %30'una tekabül eden kısmının erişimine hak kazanacağını hükme bağlamıştır¹⁵³. Nitekim 14 (b). maddesi resmi koşullar ve güvenceler arasında mali destek talep eden bir tarafın kendisinden istenen bütün belge ve ekonomik ve finansal verileri sunmasını, diğer taraf devletlere ve bölgesel/uluslararası mali kuruluşlara vadesi geçmiş borcu bulunmamasını saymaktadır¹⁵⁴. Bu

¹⁵² Wilhelm Schöllmann, 'The BRICS Bank and Reserve Arrangement: Towards a New Global Financial Framework?' *At a Glance*, European Parliamentary Research Service, PE542.178, December 2014, 1.

¹⁵³ Madde 5 (b), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015.

¹⁵⁴ A.g.e., Madde 14 (b) (i-v).

noktada Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi bilinçli olarak IMF'den farklı bir mali yardım politikası izlemeyi tercih etmiştir.

IMF, kendisine üye olan devletlere ödemeler dengesindeki açıkları kapatmak için verdiği yardımları bazı hususi şartlar içeren makroekonomik politikalara tabi tutmaktadır ve/veya devletlerin genel kaynaklardan geçici olarak yararlanabilmesi sağlamak için yeterlilik güvenceleri aramaktadır¹⁵⁵. Oysa Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi, verilecek mali yardımların karşılığı bu tür esaslı şartlılık politikasının uygulanmasına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Burada öngörülen, IMF tarafından borç alacak ülkenin ekonomik performansını takip edecek bir izleme programına uymaktır¹⁵⁶. Her ne kadar Andlaşmanın 14 (b) (v). maddesi IMF Statüsünde tanımlandığı şekilde IMF'nin şart koştuğu izleme ve bilgilendirme yükümlülükleriyle ilgili hükümlere uyma zorunluluğuna atıfta bulunuyor olsa da bu hükümlerin hiç biri ek güvencelere veya koşullara bağlı politikaların kabulüne ilişkin herhangi bir hususi şartı içermemektedir. Dolayısıyla Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi, mali destek talep eden taraf devlete, IMF'nin takip ettiği şartlılık kaydı anlamında herhangi bir koşuldan muaf bir mali yardım sağlayabilmektedir. Ancak bu koşulsuz mali yardım sadece destek talep eden taraf devletin hak ettiği azami tahsisat sınırının %30'una tekabül eden kısmı için geçerli olacaktır. Bu açıdan hesaplandığı zaman, Çin'in koşulsuz mali yardım kaynaklarına olan azami hakkı 6.2 milyar ABD doları ile sınırlı iken, Brezilya, Rusya ve Hindistan'ın azami hakkı 5.4 milyar ABD doları ve Güney Afrika'nın azami hakkı ise 3 milyar ABD doları ile sınırlı olduğu görülür.

b. IMF ile Bağlantılı Kısım

Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi, taraf devletin kendisi için hesaplanan azami kredi tahsisatının %70'ne erişimini, IMF ile yapacağı bir "ekonomik gelişmeleri takip anlaşmasına" bağlamıştır. Andlaşmanın 5 (d). maddesi mali destek talep eden devletin kendisine tahsis edilen kredi kaynaklarının tamamına hak kazanabilmesini iki şarta bağlamıştır: (i). 14. maddede sayılan gerekleri yerine getirmelidir. (ii). buna ek olarak, IMF ile arasında kendisinin ekonomik ilerlemesini izleme (*on-track*) aranjmanının varlığını gösteren bir kanıt sunmalıdır. Bu aranjman, bir yandan IMF'den bu devlet için uygun görülen koşullara bağlı olarak finansal yardımının

¹⁵⁵ Lowenfeld (2008), *International Economic Law*, 644-51.

¹⁵⁶ Schöllmann (2014), 'The BRICS Bank and Reserve Arrangement' 2.

yapılabileceğine dair bir taahhütnameyi içermelidir: öte yandan devletin bu aranjmanın hüküm ve şartlarına uymayı kabul ettiğini göstermelidir¹⁵⁷. Dolayısı ile eğer bir taraf devlet IMF tarafından kendisine şart koşulan tedbirleri yerine getirmesini takip eden bir anlaşmaya sahip ise ancak kendisine tahsis edilen kredi kaynaklarının tamamına erişebilecektir. Oysa Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin kendisi, IMF'nin hangi güvence ve koşulları araması gerektiğine dair hükümler içermez. Bu yüzden de Daimi Komite ihtiyaç halindeki devletin ödemeler dengesindeki açığı nasıl gidereceğine dair makroekonomik politikaları araştırıp, inceleyip önerilerde bulunmaz; bundan ziyade, mali destek talep eden devlet ile IMF arasında gelişmeyi takip anlaşmasının bulunduğunu teyit etmekle yetinir ve buna dayanarak kredi sağlar. Ancak bu durum Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin şartlılık politikasını dolayısı ile benimsemediğini göstermez. Nitekim BRICS ülkeleri IMF ile yapılmış bir takip anlaşmasına dayanarak, doğrudan olmasa bile dolayısı ile kendi mali kaynaklarını teminat altına almak için tahsisini belli koşullara bağlamış olduğu görülmektedir. Bunu yaparken, IMF'nin güvence tedbirleri kullanarak, kendi fon düzenlemesi içerisinde onaylanan kaynakları teminat altına almaktadır.

Böylece Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi *de facto* olarak IMF'nin çok eleştirilen şartlılık politikalarını uygulamaktadır. Buradaki temel problem, BRICS'in makroekonomik izleme ve gözetim altyapısındaki eksikliklerdir. Taraf ülkelerin ödemeler dengesi durumu hakkında sağlıklı, vakitli ve tam bir veri ve bilgi üretecek bir mekanizma henüz daha geliştirilmemiştir. Böyle olunca, borç ihtiyacı içerisinde bulunan bir devletin likidite problemi mi, yoksa borçlarını ödeyebilme gücüyle ilgili bir problemle mi karşı karşıya kaldığını ayırabilmek kapasitesinin bulunduğunu söyleyebilmek zordur¹⁵⁸. Borç arayan devletin mali disiplinsizliği hem bölgesel hem de uluslararası finansal kriz riski içerdiği için, kreditor devletini bazı şartlara bağlı olarak borç vermesi ve borçlunun bu şartlara uyduğunu izlemesi usulü doğal bir çözümdür. Ancak *Eichengreen*'in işaret ettiği gibi, bağımsız devletlerin ekonomik egemenliğini koşullara tabi kılmak özellikle BRICS gibi büyük, gururlu ve ciddi farklılıklar arz eden ülkeler bakımından ekonomik olduğu kadar,

¹⁵⁷ Madde 5 (d), Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Agreement, Fortaleza, 15 July 2015

¹⁵⁸ Bizziwick, Cattaneo & Fryer (2015), 'The Rationale' 319.

siyasi olarak da pratik güçlükler içerir¹⁵⁹. İşte bu yüzden CIMIM’de olduğu gibi, Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi, tahsis edilen krediye erişimi IMF’nin en çok eleştirilen şartlılık sistemine bağlanmıştır. BRICS devletlerinin makroekonomik performans değerlendirmesini yapabilecek ihtisas ve tecrübeye sahip olmaması, IMF’nin kurumsal bilgi, beceri ve tecrübesine bağımlı olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır.

VI. Tespitler ve Sonuçlar

BRICS, uluslararası ekonomik düzenin değişen çehresinin bir ürünüdür. Bu değişim ikili ticari ilişkilerden çok taraflılığa (*multilateralism*) geçişin bir sonucudur. Küreselleşme ile değişen ekonomik dengeler, mevcut uluslararası para ve finansal idaresinin artık yükselen piyasa ekonomileri ve gelişmekte olan devletlerin ihtiyaçlarına cevap vermekte yetersiz kaldığını göstermiştir. BRICS oluşumu *status quo*’ya tepkinin bir ifadesidir. Tek kutuplu bir uluslararası düzenden çok kutuplu bir düzene geçme isteğini yansıtır. Bütün ülkelerin ekonomik konum ve menfaatleri oranında küresel mali idare içerisinde adil ve hakça temsil edilmesi için, yeni bir uluslararası finansal mimarı önerilmiştir. BRICS, bu yeni küresel idari yapılanmanın en önemli unsurlarından biri haline gelmeye başlamıştır. Ancak mevcut uluslararası ekonomik düzenin kurucu unsuru olan batılı gelişmiş ülkeler, *Bretton Woods* sisteminin kurumları olan IMF ve Dünya Bankasının idari yapısı ve işleyişi içerisindeki hakimiyetlerini ve etkilerini korumak amacıyla yeni bir uluslararası mali yapılanmaya direnmektedirler.

Uluslararası örgüt niteliği taşımayan BRICS, başından bu yana gevşek bir birliktelik içerisinde gruplaşma eğilimi göstermiştir. Bu anlamda işbirliğinin ötesinde, 2015 tarihli Yeni Kalkınma Bankası ve Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesi BRICS’in kurumlaşması yönünde atılmış ilk adımdır. Bu yüzden, iyi tanımlanması ve anlaşılması uluslararası finans hukukuna yapabileceği normatif ve yapısal katkıların değerlendirilmesine imkân sağlayacaktır. Böyle bir değerlendirme iki temel soru etrafında yapılabilir. Uygulama açısından Koşullu İhtiyat-Fonu Düzenlemesinin uluslararası mali düzene etkisi, bu düzenin belirleyici kurumu olan IMF’ye karşı bir alternatif mi, yoksa onu tamamlayıcı bir

¹⁵⁹ Barry Eichengreen, ‘Will the New BRICS Institutions Work?’ World Economic Forum, 15 August 2014, <http://www.weforum.org/agenda/2014/08/brics-new-development-bank-contingent-reserve-agreement>

oluşum olarak mı işlev görmesine bağlıdır. İkinci ilgili soru, uluslararası hukukun mali alanda gelişmesine nasıl bir katkıda bulunabileceğine ilişkindir.

İlk soru İhtiyat Fonunun IMF'ye karşı bir alternatif olarak ikame edici işlevi ile mevcut uluslararası finans düzeninin yeniden düzenlenmesini sağlayabilmekte ne kadar etkili olabileceğidir. Yukarıda incelendiği gibi, üç özelliği etkinliği hususunda belirleyici ölçüt olarak görülebilir. Bunlardan ilki kurumsal yapısıdır ve IMF (ve hatta Andean FLAR ve Arab Monetary Fund gibi benzeri bölgesel düzenlemelerden) farklı olarak bir daimi teşkilat merkezinin bulunmaması, kurumsal başkanlık mevkiinin ihdas edilmemiş olması ve asgari bir izleme kapasitesinin oluşturulmamış olması, uluslararası hukuk kişiliğinin eksikliği ile beraber bir uluslararası örgüt kurmak niyeti ile yapılmadığını gösterir. Bu bakımdan kurumsal yapısı ve faaliyetlerinde üye devletlerin hakimiyeti esastır. Bu durum karar alma ve icrasında taraflar devletlerin inisiyatif ve ihtiyarının kurumsal işleyişinin etkili bir şekilde yerine getirilmesinde rol oynayacağını gösterir. BRICS gibi heterojen bir grupta, borç isteyen ile kreditor devletlerin çıkarlarının bazı hallerde örtüşmeyeceği kabul edilirse, uygulamada etkili çözümler sağlanması güçlük arz edebilir. İkinci olarak, bu güçlükleri aşmanın bir yolu, borç arayan devletin bu ihtiyacının kısa dönemde likidite problemi mi, yoksa borçlarını uzun dönemde ödeyebilme yeteneğine (*solvency*) mi ilişkin olduğunu tespit edebilmek kapasitesidir. Bu ise, borçlu için mali disiplinin sağlanmasına yönelik şartlılık politikasını ve öngörülen şartlara uyulduğunu izlemeyi (*surveillance*) gerektirir. İşte bu bakımdan, fon düzenlemesinde yer alan ve taraf devlete tahsis edilen yüksek oranda kredinin IMF ile bağlantılı kılınması en büyük eleştiri kaynağı olmuştur. Gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeleri en çok mağdur eden IMF'nin şartlılık politikaları ve güvence tedbirlerine tepki olarak ortaya çıkan Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesinin kendisi, sonuçta sağladığı kredilerin %70 oranını IMF koşulları ve izleme programına tabi kılmıştır. Benzeri bir düzenlemeye sahip CMIM/CMI kurulduğu günden beri Asya finans krizi dahil hiç bir devlet tarafından kullanılmadığı düşünülürse, Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesinin de benzeri bir çekingenlikle karşılaşması olasıdır. Bu durum üçüncü soruna işaret etmektedir: ihtiyat fonuna kaynak teşkil edecek kredi kaynağının IMF'nin 780 milyar ABD doları değerindeki havuzuna karşı, 100 milyar ABD doları ile sınırlı olmasıdır.

IMF ile bağlantılı kısmın acil kredi sağlama imkanını daralttığı düşünürse, %30 oranındaki IMF ile bağlantısız kısmın 3 ila 6 milyar ABD doları arasında olması, bugünkü küresel krizleri önlenmesi ve idaresi için çok yetersiz bir miktar olduğu görülmektedir. Bir başka sorun ise, eğer Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesinin ihdas edilmesinden maksat, BRICS devletlerinin bir mali kriz sırasında döviz birimi olarak ABD doları ve ABD Merkez Bankasına (*Fed*) bağımlılığını azaltmak ise, fondaki kredi kaynaklarının yine dolar bazından çevrilebilir olarak kabul edilmesinin, IMF'ye karşı bir alternatif olarak yeni bir uluslararası finansal yapılanmayı sağlamaya yönelik olmadığını göstermektedir. Ayrıca İhtiyat Fonu kaynaklarından ödenecek olan kredilerin ABD dolarına çevrilmesi ve geri ödemelerin yine dolar üzerinden talep edilmesi, BRIC devletlerinin ödemeler dengesindeki açıkları kapatmakta yeni bir 'uluslararası para' yaratmadığı anlamına gelir. Bu tercih, BRICS'in uluslararası para arzı üzerinde bir kontrol kazanmak niyetinde olmadığını göstermektedir. Bu durumda ödemeler dengesinde açık veren ülkeler, hala bu açığı kapatma hususunda tek başına sorumlu kalırken, ödemeler dengesinde fazlası olan ülkeler bu hususta bir denkleştirme baskısı altında gelmeyeceklerdir. Buna rağmen, BRICS içinde açık veren ülkeler için bunu karşılayacak ek mali kaynak imkanı sunulmuştur. Ancak bu ülkelerin ekonomik hacmi göz önüne alındığında tahsis edilen kaynaklarının yeterliliği fevkalade şüphelidir.

Bu değerlendirmeler, Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesinin uygulamada IMF'ye bir alternatif olmaktan çok tamamlayıcı bir oluşum olarak düşünüldüğüne işaret etmektedir. Buna rağmen, BRICS tarafından böyle bir paralel oluşumun Yeni Kalkınma Bankası ile beraber kurulmuş olmasının, uluslararası para/finans düzeni içerisindeki ilişkileri etkilemesi kaçınılmazdır. Uluslararası hukuk bağlamında, bu etkilerin geniş ve dar anlamda değerlendirilmesi mümkündür. Geniş anlamda, uluslararası hukukun küresel para ve finansal idare bakımından rolü, ticari ilişkiler (Dünya Ticaret Örgütü-WTO) ve yatırım ilişkilerine oranla daha sınırlı olmuştur. Bunun bir nedeni, *Bretton Woods* sisteminin kökünde ABD ve İngiltere'nin liderliğindeki gelişmiş ülkelerin adeta kapalı bir kulüp modeli içerisinde aralarında yaptıkları çoğu kez gayri resmi görüşmeler ve işbirliği ile uluslararası mali düzeni şekillendirerek, idare etmiş olmalarından ötürüdür. Evrensel hukuki düzenlemelerin yapıldığı IMF ve Dünya Bankası gibi uluslararası ihtisas örgütlerinin idari yapısı ve karar

alma mekanizmalarında takip edilen usuller, geleneksel ‘bir üye bir oy’ esasına dayanan egemen eşitler arasında değil, ama üye devletlerin ekonomik güçleri ile orantılı ağırlığa sahip katılımına dayanan bir hiyerarşik ilişkiyi içermektedir. Ancak 2008 tarihli küresel mali kriz sonrasında, batılı gelişmiş endüstriyel devletlerin teşkil ettiği G-7 grubunun G-20 grubuna genişletilmesi, BRICS devletleri ile diğer yükselen piyasalar ekonomilerini ve gelişmekte olan devletleri küresel finansal idarenin içerisine getirmiş ve hukuk yapma sürecini etkilemeleri imkanını yaratmıştır. Bunun bir örneği, küresel krizlerin önlenmesi, idaresi ve buna karşı çözümler üretebilmek için kurulan Finansal İstikrar Kuruludur (*Financial Stability Board*). Böylece ulusal mali krizlerin sınır ötesi etkisi ve sirayetinin önlenmesi ve kontrol altına alınabilmesi için ulusal hukuk düzenlemeleri arasında paralellik ve uyum sağlamak üzere geniş kapsamlı işbirliği ve koordinasyon sağlayan bir küresel kurumsal yapı oluşturulmuştur. Ancak uluslararası hukuk bakımından en genel sorun, ödemeler dengesindeki açığı kapatmak için borç alan devletin tabi kıldığı koşullar ve güvence tedbirlerinin o devletin ekonomik egemenliği üzerindeki etkileridir. Koşullu İhtiyat Fonu Düzenlemesinin bu konuda bir yenilik içermediği görülmektedir. BRICS devletlerinin İhtiyat Fonu Düzenlemesine uluslararası hukuk kişiliği tanımaktan imtina etmesi, dar anlamda uluslararası hukukta örgütlere tanınan hak ve yükümlülüklerle sahip olmadığını gösterir. Bu bakımdan uluslararası hukuka yapacağı katkının fevkalade sınırlı olacağı düşünülmelidir.

Kaynakça

- Agarwal, Manmohan (2014), ‘The Contingent Reserve Arrangement and the International Monetary System’, *Analysis*, 19 1-5.
- Alexander, Kern, Rahul Dhumale and John Eatwell (2006), *Global Governance of Financial Systems: The International Regulation of Systemic Risk*, (Oxford: Oxford University Press).
- Ames, Glen J. (1996), *Colbert, Mercantilism and the French Quest for the Asian Trade*, (Illinois: Northern Illinois University Press).

- Armijo, Leslie Elliot (2007), 'The BRICs Countries (Brazil, Russia, India, and China) as Analytical Category: Mirage or Insight?', *Asian Perspectives*, 31 7-42.
- Arner, Douglas W. (2008), 'The Developing Discipline of International Financial Law', in Colin B. Picker, Isabella D. Bunn and Douglas W. Arner (ed.), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline* (Oxford: Hart), 245-63.
- Bantekas, Ilias (2011), 'New Challenges and Issues in International Finance Law', in Yusuf Aksar (ed.), *Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms* (Leiden: Martinus Nijhoff),
- Biziwick, Mayamiko, Nicolette Cattaneo & David Fryer (2015), 'The Rationale for and Potential Role of the BRICS Contingent Reserve Arrangement', *South African Institute of International Affairs*, 22 307-24.
- Bordo, Michael D. (1993), 'The Bretton Woods International Monetary System: A Historical Overview', in Eichengreen, Michael D. Burdo & Berry (ed.), *A Retrospective on the Bretton Woods System: Lessons for International Monetary Reform* (Chicago: University of Chicago), 3-98.
- Brown, Bartham (2003), 'IMF Governance, the Asian Financial Crises, and the New International Financial Architecture', in Sienho Yee & Wang Tieya (ed.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (London: Routledge), 131-47.
- Brownlie, Ian (2008), *Principles of Public International Law*, (seventh edn., Oxford: Oxford University Press).
- Buckley, Ross P (2012), 'Reforming the International Monetary Fund', *Global Policy*, 3 102-7.
- Carmody, Pádraig (2013), *Rise of the BRICS in Africa: The Geopolitics of South-South Relations*, (London: Zed).
- Cattaneo, Nicolette, Mayamiko Biziwick & David Fryer (2015), 'The BRICS Contingent Reserve Arrangement and Its

- Position in the Emerging Global Financial Architecture', *Policy Insight*, 10 1-7.
- Cooper, Andrew & Asif B. Farooq (2013), 'BRICS and the Privileging of Informality in Global Governance', *Global Polity*, 4 128-33.
- Eatwell, John (1996), *International Financial Liberalization: The Impact on World Development*, (New York: UNDP Office of Development Studies).
- Eichengreen, Barry (1999), *Toward a New International Financial Architecture: A Practical Post-Asia Agenda*, (Washington, DC: Institute for International Economics).
- Eichengreen, Barry (2014), Will the New BRICS Institutions Work?, (World Economic Forum: <http://www.weforum.org/agenda/2014/08/brics-new-development-bank-contingent-reserve-agreement>).
- Fioramonti, Lorenzo (2015), 'A Post-GDP World? Rethinking International Politics in the 21st Century', *Global Policy*, 7 15-25.
- Friedman, Milton (2002), *Capitalism and Freedom*, (2nd edn., Chicago: Chicago University Press).
- Galvão, Marcos (2010), 'Brazil, Russia, India, and China: Brand BRIC Brings Change', *The World Today*, 66 13-15.
- Garraty, John Arthur (1986), *The Great Depression: an inquiry into the causes, course, and consequences of the worldwide depression of the nineteen-thirties, as seen by contemporaries and in the light of history*, (New York: Harcourt Brace Jovanovich).
- Herdegen, Matthias (2013), *Principles of International Economic Law*, (Oxford: Oxford University Press).
- Hobe, Stephan (2010), 'New Trends of International Law in the Era of Globalization', *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, 3 3-79.
- Hume, David (1987), 'Of the Balance of Trade', in Miller, Eugene F. (ed.), *David Hume's Essays: Moral, Political and Literary* (Liberty Fund), Part II:V.

- Huotari, Mikko & Thilo Hanemann (2014), 'Emerging Powers and Change in the Global Financial Order', *Global Policy*, 5 298-310.
- Ikenberry, G. John (1993), 'The Political Origins of Bretton Woods', in Eichengreen, Michael D. Burdo & Berry (ed.), *A Retrospective on the Bretton Woods System: Lessons for International Monetary Reform* (Chicago: University of Chicago), 153-82.
- Jensen, Nathan M (2004), 'Crises, Conditions, and Capital: The Effect of International Monetary Fund Agreements on Foreign Direct Investment Flows', *Journal of Conflict Resolution*, 48 194-210.
- Kawai, Masahiro (2010), 'Reform of the International Financial Architecture: An Asian Perspective', *The Singapore Economic Review*, 55 207-42.
- Kettell, Steven (...), 'A Complete Disaster or a Relative Success? Reconsidering Britain's Membership of the ERM, 1990-1992', <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/pais/people/kettell/research/erm.pdf>,
- Kindleberger, Charles P. & Robert Z. Aliber (2005), *Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises*, (New Jersey: John Wiley & Sons).
- Klein, Naomi (2007), *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, (New York: Metropolitan).
- Laïdi, Zaki (2012), 'BRICS: Sovereignty Power and Weakness', *International Politics*, 49 614-32.
- Laeven, Luc & Fabian Valencia (2008), *Systemic Banking Crises: A New Database*, (Washington DC: IMF WP/08/224).
- Lowenfeld, Andreas F. (2008), *International Economic Law*, (Second edn., Oxford: Oxford University Press).
- Macovei, Mihai (2009), *Growth and Economic Crises in Turkey: Leaving behind a Turbulent Past*, (Brussels: European Commission Economic Papers 386) 1-36.

- Miller, Eugene F. (1987), *David Hume's Essays: Moral, Political and Literary*, (Liberty Fund).
- Morazán, Pedro *et al* (2012), *The Role of BRICS in the Developing World*, (Brussels: EU Directorate-General for External Policies).
- Nakagawa, Junji (2010), 'Reconstructing Global Monetary/Financial Governance Beyond Bretton Woods System', *Japanese Yearbook of International Law*, 53 96-121.
- Narin, Müslüme & Dilek Kutluay (2013), 'Değişen Küresel Düzen: BRIC, 3G, N-11 Ülkeleri', *Dosya*, Ocak/Şubat 31-50.
- Negishi, Takashi (1980), *History of Economic Theory*, (Amsterdam: Elsevier).
- O'Neill, Jim (2001), *Building Better Global Economic BRICs*, (Goldman Sachs).
- Oliver, Stuenkel (2013), 'South Africa's BRICS membership: A win-win situation?', *African Journal of Political Science and International Relations*, 7 310-19.
- Posner, Richard A (2011), *Economic Analysis of Law*, (New York: Aspen).
- Quah, Danny (2011), 'The Global Economy's Shifting Centre of Gravity', *Global Policy*, 2 3-9.
- Riesenhuber, Eva (2001), *The International Monetary Fund under Constraint: Legitimacy of its Crises Management*, (The Hague: Kluwer Law Int'l).
- Roberts, Cynthia (2010), 'Challengers or Stakeholders? BRICs and the Liberal World Order, Introduction', *Polity*, 42 1-13.
- Rolland, Sonia E (2013), 'The BRICS' Contributions to the Architecture and Norms of International Economic Law', *American Society of International Law Proceedings*, 107 164-70.
- Sarkar, Rumu (2009), *International Development Law: Rule of Law, Human Rights and Global Finance*, (Oxford: Oxford University Press).
- Schöllman, Wilhelm (2014), 'The BRICS Bank and Reserve Arrangement: Towards a New Global Financial

- Framework?’, *At a Glance* (European Parliamentary Research Service)
- Singh, Suresh P. & Memory Dube (2014), *BRICS and the World Order: A Beginner’s Guide*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2443652>.
- Singh, Kavaljit (2000), *Taming Global Financial Flows: Challenges and Alternatives in the Era of Financial Globalization: A Citizens Guide*, (New York: Zed).
- Singh, Kavaljit (2014), ‘Strengthening Financial Stability? The Promise and Pitfalls of BRICS’ 100 Billion Dollar “Contingency Reserve Arrangement” (CRA)’, *Global Research*, <http://www.globalresearch.ca/>.
- Smith, Adam (2007), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (Hampshire: Harriman House).
- Stiglitz, Joseph E. (2002), *Globalization and Its Discontent*, (New York: WW Norton).
- Tenney, Sarah & Norman K. Humphreys (2011), *Historical Dictionary of the International Monetary Fund*, (Lanham: Scarecrow Press).
- Vestergaard, Jakob & Robert Wade (2015), ‘Still in the Woods: Gridlock in the IMF and World Bank Puts Multilateralism at Risk’, *Global Policy*, 6 1-12.
- Vreeland, Raj M. Desai & James Raymond (2014), ‘What the new bank of BRICS is all about’, *The Washington Post*, 17 July 2014.
- Wade, Robert & Jakob Vestergaard (2015), ‘Why is the IMF at an Impasse, and What Can Be Done about It?’, *Global Policy*, 6 290-96.
- Walker, Ben Steil & Dinah (2014), ‘Is the BRICS Contingent Reserve Arrangement a Substitute for the IMF?’, *Geo-Graphics* (Council on Foreign Relations: <http://blogs.cfr.org/geographics/2014/08/06/bricscra/#>)
- Weber, Rolf H (2001), ‘Challenges for the New Financial Architecture’, *Hong Kong Law Journal*, 31 241-65.

- Wilson, Dominic & Roopa Purushothaman (2003), *Dreaming with BRICs: The Path to 2050*, (Global Economics Paper No.99: Goldman Sachs).
- Wolff, Mark J. (2013), 'Failure of the International Monetary Fund & World Bank to Achieve Integral Development: A Critical Historical Assessment of Bretton Woods Institutions Policies, Structure & Governance', *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 41 71-144.
- Woods, Ngaire (2010), 'Global Governance after the Financial Crisis: A New Multilateralism or the Last Grasp of the Great Powers?', *Global Policy*, 1 51-63.

2011/83/EU SAYILI TÜKETİCİ HAKLARI DİREKTİFİ VE BU DİREKTİFİN MESAFELİ SÖZLEŞMELER ALANINDA TÜRK HUKUKU'NA YANSIMALARI

Zeynep DÖNMEZ*

Özet

2011 yılında yayınlanan Tüketici Hakları Direktifi¹ uzun bir hazırlık aşamasına sahiptir. 8.10.2008 yılında Avrupa Komisyonu tarafından sunulan tasarıda², tüketici haklarına ilişkin dört Direktif üzerinde çalışılmış (Kapıdan Satışlara İlişkin Direktif, Mesafeli Satışlara İlişkin Direktif, Tüketici Satımlarına İlişkin Direktif ve Haksız Şartlara İlişkin Direktif), bu Direktiflerin tam uyum ilkesi benimsenerek, yeniden hazırlanması öngörülmüştür.

25.06.2010 yılında Avrupa Parlamentosu Ortak Pazar ve Tüketicinin Korunmasından Sorumlu Komisyonun yayınladığı raporda³ ise “*hedeflenen*” tam uyumun sadece Ortak Pazar için önem arz eden mesafeli sözleşmeler ve kapıdan satışlar alanında kalması gerektiği belirtildi.

Bu çalışmaların ardından 25.10.2011 tarihinde Tüketici Hakları Direktifi yayınlandı. Mesafeli sözleşmeler ve kapıdan satışlara ilişkin sözleşmelerde tam uyum ilkesinin benimsendiği Direktif, uygulama alanına giren konularda, üye ülkelerde norm birliğinin sağlanmasını, böylece Ortak Pazar’ın daha iyi işlemesini ve tüketici haklarının üst seviyede korunmasını hedeflemektedir. Üye ülkelerin bu Direktifi iç hukuklarına aktarmaları için tanınan süre 13.12.2013 tarihinde dolmuştur.

Bu Direktif hükümleri, 7.11.2013 tarihinde kabul edilen 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hazırlanırken göz önünde bulunduruldu.

Çalışmamızda Direktifin uygulama alanı, getirdiği yenilikler ve mesafeli sözleşmeler alanında Türk hukukundaki yansımaları değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler: *Tüketici, Tüketici Hakları Direktifi, Tam Uyum İlkesi, Cayma Hakkı, Bilgilendirme Yükümlülükleri*

* Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Metin içerisinde kısaca Direktif olarak anılacaktır, Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of The Council of 25 October 2011, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32011L0083>> (s.e.t. 25.01.2016).

² KOM (2008) 614/4 v. 8.10.2008.

³ Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, PE442 789v04-00, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-442.789+04+DOC+PDF+V0//DE&language=DE> (s.e.t. 2.2.2016).

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and the Effects on Turkish Law in the Field of Distance Contracts

ABSTRACT

The Directive on Consumer Rights came into force in 2011 has a long drafting period. On 08.10.2008 the draft prepared and presented by the European Commission aimed to harmonize the directives that are the Directive on Doorstep Selling, the Directive on Distance Contracts, the Directive on Consumer Sales and the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts.

On 25.06.2010 it was asserted in the report formed by the Committee of Internal Market and Consumer Protection of the European Parliament that the objective of harmonization should only be related to distance contracts and doorstep selling due to its significance to Common Market.

After the drafting period, the Directive on Consumer Rights signed into law on 25.10.2011. The Directive that harmonizes Distance Contracts and Doorstep Selling has the aim of the application of the same norms in the entire member states that will result in the better functioning of the Common Market and high-level protection of consumers. On 13.12.2013 the time for the implementation of the Directive by Member States has expired.

Turkish Consumer Protection Act no. 6502 that came into force on 07.11. 2013 resembles the Directive on Consumer Rights.

In this article, the application of the Directive, the changes that are brought and the effects on Turkish Law in the field of distance contracts will be presented.

Keywords: *Consumer, The Directive on Consumer Rights, The Full Harmonization Principle, Right of Withdrawal, Informing Obligation*

Giriş

2011/83/EU sayılı ve 25 Ekim 2011 tarihli Tüketici Hakları Direktifi ile, 93/13/EWG sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlara İlişkin Direktifin ve 1999/44/EG sayılı Tüketici Satışları ve Tüketim Mallarının Garantisine İlişkin Direktifin ilgili hükümleri değiştirilmiş; 85/577/EWG sayılı Kapıdan Satışlara İlişkin Direktif ve 97/7/EG sayılı Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Direktif kaldırılmıştır. Tüketici Hakları Yönergesi'nin, Avrupa Birliği'nin kuruluş amacına uygun olarak güttüğü aslı hedef, Avrupa Birliği ülkeleri arasında ticaretin artarak Ortak Pazar'ın güçlenmesidir. Bu hedefin gerçekleştirilebilmesi için öngörülen çözüm ise, tüketicinin hukuk güvenliği sağlanarak, onun, Ortak Pazara çekilmesi olmuştur. Burada kastedilen hukuk güvenliği, tüketicinin kendi ülkesiyle aynı düzenlemelere sahip, diğer AB ülkeleriyle, kendi ülkesinde alışveriş yapıyormuşçasına rahatlıkla alışveriş yapmasının sağlanmasıdır.

I. TÜKETİCİ HAKLARI DİREKTİFİ'NİN AMACI ve UYGULAMA ALANI

A. AMAÇ ve TAM UYUM İLKESİ

Tüketici Hakları Direktifinin amacı, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulan sözleşmelere ilişkin olarak üye ülkelerin hükümlerini uyumlu hâle getirmek, tüketiciye yüksek düzeyde bir koruma sağlamak ve Ortak Pazar'ın düzenli bir şekilde işlenmesini temin etmektir (Direktif m. 1). Bu amaca ulaşmak için Direktifin benimsediği yöntem ise “*tam uyum ilkesi*”dir. Bu ilkenin düzenlendiği, Direktifin dördüncü maddesinde belirtildiği üzere, Direktifte aksi öngörülmediği sürece, üye ülkeler, tüketicinin lehine de olsa, Direktifte öngörülenin aksine bir düzenlemeye gidemezler. Direktifin gerekçesinde (Nr. 7), tam uyum ilkesinin, tüketicinin hakları yanında, satıcı/sağlayıcının da haklarını garanti altına alacağı vurgulanmıştır.

Tam uyum ilkesi, üye ülkelerin, tüketici lehine de olsa, Direktif hükümlerinden ayrılmasına cevaz vermediği için eleştirilmektedir⁴. Zira bu amaç için gerekirse üye ülkelerin, tanıdıkları, daha yüksek tüketici korumasını sağlayan düzenlemelerden vazgeçmeleri gerekebilecektir. Diğer taraftan ise, tüketici ve satıcı/sağlayıcının haklarının dengede tutulması ve Ortak Pazar'ın düzgün işlenmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması memnuniyetle karşılanmaktadır⁵.

Gerekçe ve Direktif maddeleri birlikte okunduğunda görülmektedir ki, Avrupa Birliği'nde tüketici hukuku alanında yapılan düzenlemelerin esas hedefi, Ortak Pazar'ın düzgün bir şekilde işlenmesini sağlamaktır. Bunun için tüketici ve satıcı/sağlayıcının hakları birlikte göz önünde tutularak, ikisi arasında bir denge sağlanması hedeflenmiştir. Zira Avrupa Birliği Hukukunda tüketici, satıcı/sağlayıcı karşısında, “*zayıf*” ve “*korunmaya muhtaç*” olarak kabul edilmemektedir⁶. Bilgilendirme yükümlülüğü, cayma hakkı gibi araçlarla, tüketici hakları korunmakta;

⁴ **Tonner**, Klaus (2013), “Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick”, VuR, C. 12, s. 443-448.

⁵ **Schwab**, Andreas/**Giesemann**, Amelie (2012), Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW, C. 7, s. 253-257.

⁶ Piyasa ekonomisi açısından tüketici, “*Homo Economicus*” olarak kendi menfaatini belirleyip, ona göre hareket edebilir, bkz. **Drexler**, Josef (1998), Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 26 vd.; **Özel**, Çağlar (2014), Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 32 vd.

ancak, sözleşme özgürlüğünü zedeleyecek müdahalelerden mümkün olduğunca kaçınılmaktadır.

Tüketici hukukunun “sözleşme özgürlüğü önünde engel” teşkil ettiği görüşünün aksine⁷, sözleşme özgürlüğünün ancak irade muhtariyeti ilkesiyle sağlanabileceği ve bunun için de maddî anlamda sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Maddî anlamda sözleşme adaletinin sağlanabilmesi için ise tüketicinin yapmak istediği hukukî işlemin nitelikleri göz önünde bulundurularak, buna uygun araçlarla korunması gerekliliği vurgulanmıştır. Bu araçlar, bilgilendirme yükümlülükleri, cayma hakkı, haksız şartlara karşı tüketicinin korunması ve sözleşmenin zorunlu içeriğinin kanun koyucu tarafından saptanmasıdır.

Tüketicinin “neden korunduğu” sorusuna, Türk Kanun Koyucusu da AB hukukuna paralel bir şekilde yanıt vermiştir. Zira kanunun genel gerekçesinde⁸ “tüketicinin korunması ihtiyacının değişik sebeplere dayandığı” belirtildikten sonra, tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğü, cayma hakkı ve genel işlem koşullarının denetlenmesi gibi farklı araçlarla tüketicinin korunması gerektiği vurgulanmıştır.

B. KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Direktif, kural olarak tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulan tüm ivazlı sözleşmelerde uygulanır. Direktif kapsamında ivazlılık unsuru geniş yorumlanmalıdır⁹. Buna göre, tüketici için ekonomik zarar getiren sözleşmeler, ivazlı kabul edilmelidir¹⁰. Avrupa Komisyonu görüşüne göre¹¹ de hediye çeki veya puan ile yapılan ödemeler de ivazlılık unsurunu sağlamaktadır. Aynı şekilde ücretsiz deneme süresinin ardından otomatik olarak ücretli bir sözleşmeye dönen tüketici sözleşmelerinde de Direktif

⁷ Tüketici Hukukunun dogmatikğine ilişkin tartışmalar için bkz. *Drexl*, s. 5 vd.; *Meller-Hannich*, Caroline (2005) Verbraucherschutz in Schuldvertragsrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 10 vd.

⁸ Gerekçe, s. 8, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/tbmmss490.pdf>. (s.e.t. 23.01.2016).

⁹ Münchener Kommentar zum BGB (2016), § 312 Rn. 19; *Clausnitzer*, Johan/*Delfs*, Eva-Maria, (2014), Die EU-“Verbraucherrechterichtlinie- Praxisfragen und Antworten der Leitlinien der Europaeischen Kommission (Teil 1)”, ZVertriebsR, C. 6, s. 343- 351.

¹⁰ *Clausnitzer/Delfs*, ZVertriebsR 2014, s. 344; *Ehmann*, Timo/*Forster*, Jens, (2014), “Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – Teil 1: Der neue „allgemeine Teil“ des Verbraucherschutzrechts”, GWR, C. 8, s. 163- 167.

¹¹ Justice Guidance Documnet concerning Directive 2011/83/EU, s. 8, <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf> (s.e.t. 2.1.2016).

uygulama alanı bulacaktır. Bunlar dışında kalan, gerçekten ivazsız olarak sunulan hizmetler ya da satıcı/sağlayıcının promosyon/hediye olarak verdiği ürünlerde ise tüketici hukuku anlamında bir koruma söz konusu olmayacaktır.

Direktifte, satış sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kalıcı veri taşıyıcısı üzerinde bulunmayan dijital içerikler ve sınırlı bir hacim ve belli bir miktarda sunulmayan su, gaz, elektrik gibi şeylerin teslimine ilişkin sözleşmelere ilişkin hükümlere, sözleşmelere özgü nitelikler göz önünde bulundurularak, ayrı başlıklar altında yer verilmiştir.

C. DİREKTİFİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI: TÜKETİCİ VE SATICI/SAĞLAYICI KAVRAMLARI

AB hukuku ve Türk hukuku'nda "tüketici" tanımı açısından göze çarpan en önemli fark; AB hukukunda sadece gerçek kişilerin tüketici kabul edilmesi iken, Türk hukukunda tüzel kişilerin de tüketici sıfatını taşıyabilmeleridir. Bu farklılık güncel düzenlemeler açısından da devam etmektedir. Nitekim Direktifin 2. maddesinde yapılan tanıma göre, tüketici, "*ticareti, mesleği, işletmesi ya da zanaatına yönelik olmayan amaçlarla hareket eden gerçek kişidir.*" TKHK m. 3/k hükmünde ise ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin tüketici olabileceği düzenlenmiştir. Direktifin uygulama alanına giren mesafeli sözleşmeler (MSY m. 4/ğ) için de tüketici tanımı hem gerçek hem tüzel kişileri kapsamaktadır. Bu düzenlemenin pratikteki yansımaları sadece medenî hukuk tüzel kişileri için görülecektir¹².

Kısmen meslekî amaç güden kısmen de meslekî amacın dışında kalan yani çift amaç güden sözleşmeler için ise Direktifin gerekçesinde (Nr. 17) bir açıklama getirilmiştir. Buna göre bu tür sözleşmelerde, meslekî amaç ağır basmadığı sürece, bu sözleşmenin tarafı olan kişi de tüketici kabul edilecektir. Bu görüş Türk hukuku için de kabul görmektedir¹³.

¹² *Aydoğdu*, Murat (2015), Tüketici Hukuku Dersleri, s. 62, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s. 61; *Ozanoğlu*, Hasan Seçkin (2000), Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, s. 663-692.

¹³ *Aydoğdu*, s. 62.

Tüketici tanımı hem AB hem de Türk hukukunda amaç unsuruna göre yapılmaktadır. Uygulamada sorun doğurabilecek konu ise, amacın objektif olarak mı yoksa sübjektif olarak mı belirlenmesi gerektiği sorusudur. Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, satıcı/sağlayıcı açısından sözleşmenin karşı tarafının tüketici olup olmadığının tespitinin zor olduğu durumlarda, sözleşme yapıldığı sıradaki şartlara bakılarak mı sözleşmenin niteliği belirlenmeli yoksa tüketici işlemi olup olmamasının unsurları objektif olarak belirlenerek mi bir sonuca varılmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıklarda, Avrupa Birliği metinlerini göz önünde bulundurmuş ancak bu konuda nihaî bir sonuca ulaşmaktan kaçınmış ve hatta birbiriyle çelişen kararlar vermiştir.

Bu kararlardan ilkinde konu olan uyuşmazlıkta¹⁴ arabasını satmak isteyen satıcı, ticarî satışlarda öngörölmüş olan, satıcının sorumluluğunu sınırlandırmaya yönelik olan hükümlerden faydalanmak amacıyla ticarî bir sözleşme yapmak istemektedir. Alıcı, kendisini tacir olarak göstermek suretiyle bu sözleşmeyi yapmıştır. Vadedilen özelliklerin araçta bulunmaması üzerine, alıcı bunun bir tüketici satışı olduğunu beyan ederek, tüketiciyi koruyan hükümlere dayanmak istemiştir. Kararda, aldatma ve dürüstlük kuralına ilişkin açıklamalar saklı kalmak kaydıyla, bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığının tespitinde, durumun şartlarına bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Yani ifa ile yükümlü olan taraf, tüm dikkat ve özeni gösterdiğinde, sözleşmenin karşı tarafının ticarî veya meslekî bir amaç güdüp gütmemediğini anlayamıyorsa, gerçek duruma değil, sözleşme yapılırken anlaşılan şartlara göre sözleşmenin hukukî nitelendirmesi yapılmalıdır.

Federal Mahkeme'nin bir diğer kararı¹⁵ ise ofis adresini vererek lamba sipariş eden bir avukatın cayma hakkını kullanma talebine yöneliktir. Mahkeme bu kararında tüketici işlemlerine ilişkin olarak bir karinenin varlığından bahsetmiştir. Buna göre gerçek kişiyle yapılan işlemler¹⁶ kural olarak tüketici işlemidir. Ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kişi bunu açıkça beyan etmeli ya da böyle olduğu hâlin

¹⁴ BGH NJW 2005, s. 1045.

¹⁵ BGH NJW 2009, s. 3780.

¹⁶ Alman hukukunda (§ 13 BGB) AB hukuku ile uyumlu olarak tüzel kişilerin tüketici olabileceği kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bu karinenin Türk hukuku için kabul edilecek olması durumunda uygulama alanı oldukça genişleyecektir. Ayrıca ticarî iş ve tüketim karinesinden yola çıkarak amacın belirlenmesi konusunda bkz. *Aydoğdu*, s. 61.

icabından açıkça anlaşılabilir. Karar, buraya kadar yukarıda anılan kararlarla uyumlu görünse de “*hâlin icabından açıkça anlaşılması*” durumunun yorumlanması bakımından önem arz etmektedir. Karara göre, sipariş edilen ürünün gönderileceği adres olarak ofis adresinin verilmesi bu şartı sağlamamaktadır. Zira o ofiste yardımcı olarak çalışan her hangi başka biri de meslekî veya ticarî bir amaca yönelik olmayan bir sözleşme yapmış olabilir. Nitekim somut olayda lamba siparişini avukat vermiş olmakla birlikte, bu lambaları evde kullanmak üzere almak istemiştir. Objektif olarak bakıldığında, bu bir tüketici işlemdir.

Federal Mahkemenin bu kararı özellikle mesafeli sözleşmeler için önem arz etmektedir ve yerinde bir karardır. Günün çoğunu iş yerinde geçiren bir kişinin, internet üzerinden verdiği siparişlerin iş adresine gönderilmesini istemesi olağan bir durumdur. Sadece görünüşe bakarak sözleşmenin niteliğinin tespiti hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Tüketici sözleşmelerinde tüketicinin karşısında bulunması gereken satıcı/sağlayıcı tanım olarak Türk ve AB hukukunda uyum arz etmektedir. Satıcı/sağlayıcının tanımı Direktifin 2. maddesinde ve TKHK m. 3/ 1, i ve MSY m. 4/f, g maddelerinde yapılmıştır. Buna göre “*tüzel kişiler de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye mal ve hizmet sunan kişiler*” satıcı ve sağlayıcı olarak kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, Türk hukukundaki düzenlemeler, Direktifin kişi bakımından uygulama alanından ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu noktada tam uyum ilkesi ihlâl edilmiş olsa da tüketici lehine AB hukukundan bir sapma söz konusudur.

II. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bilgilendirme yükümlülüğü, tüketicinin korunmasına hizmet eden temel araçlardan biri olarak kabul edilmektedir. Günümüzde tüketicinin “*zayıf*” ve “*korunmaya muhtaç*” olduğu için korunması fikri geçerli değildir. Tüketicinin korunması hukukunun amacı, belli sözleşme türlerinde tüketicinin neden korunması gerektiğini tespit ederek, mümkün olduğunca sözleşme özgürlüğüne müdahale etmeden, farklı önlemlerle tüketicinin korunmasını, yani maddî anlamda sözleşme adaletini sağlamaktır¹⁷.

¹⁷ *Meller- Hannich*, s. 15.

Tüketiciyi koruma zorunluluğunun nedenlerinden biri olarak, tüketicinin ilgili hukukî işlemi en uygun içerik ile kurmak için ihtiyaç duyduğu bilgiye sahip olmaması gösterilmektedir¹⁸. Bu hâllerde, taraflar arasında bilgi asimetrisinden bahsedilmekte ve bu asimetrinin giderilmesi için sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden araç olarak “*bilgilendirme yükümlülüğü*” tercih edilmektedir.

Direktif, bilgilendirme yükümlülüklerine kapsamlı bir şekilde yer vermiştir. Mesafeli sözleşmeler ve işyeri dışında kurulan sözleşmeler dışında kalan sözleşmeler için tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğü Direktifin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Böylece ilk kez, mağazalarda gerçekleşen, tipik tüketici sözleşmeleri için de satıcı/sağlayıcıya tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Mesafeli sözleşmeler ve iş yeri dışında kurulan sözleşmeler için bilgilendirme yükümlülüğü Direktifin 6. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Mesafeli satışlara ilişkin bilgilendirmenin ne şekilde yapılması gerektiği ise m. 8’de düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ise tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin genel hükme TKHK m. 4/I’de yer verilmiştir. Bu hüküm, Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler için geçerlidir. Mesafeli sözleşmelere ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü MSY m. 5 ve devamı maddelerde hüküm altına alınmıştır.

A. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İÇERİĞİ

1. Tüketici Hakları Direktifi m. 5’ e Göre Bilgilendirme Yükümlülüğü

Direktif m. 5, mesafeli sözleşmeler ve iş yeri dışında kurulan sözleşmeler dışında kalan sözleşmeler için de bilgilendirme yükümlülüğü öngörmüştür. Bunlar, “*klasik anlamda tüketici satışı*” diye nitelendirebileceğimiz, mağazalarda gerçekleşen sözleşmelerdir. Buna göre, doğrudan hâlin icabından anlaşılıyorsa, satıcı/sağlayıcı, tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde maddede belirtilen konularda bilgilendirmelidir¹⁹. Bu bilgilendirme, tüketici bir sözleşmeyle veya sözleşme kurmaya yönelik bir icapla bağlanmadan önce yapılmalıdır.

¹⁸ *Drexl*, s. 26.

¹⁹ Bu tür tüketici işlemlerinde, sözleşme konusu mal veya hizmetin nitelikleri, satıcı/sağlayıcının kimliği zaten anlaşılabilir niteliktedir. Bu durumda bu hükümle sağlanmak istenen amaç, hâlin icabından anlaşılmayan ve tüketicinin kararını etkileyebilecek üretim yeri, ürün için gereken teknik donanımlar gibi bilgilerin de

Mal ve hizmetin temel niteliğine ilişkin bilgiler, satıcı/sağlayıcının kimliğine ilişkin bilgiler, mal veya hizmetin tüm vergiler dâhil toplam fiyatı, ödeme, teslim ve ifaya ilişkin bilgiler, duruma göre sözleşmenin süresi, süresiz sözleşmelerin sona erdirilmesinin şartları ve otomatik olarak uzayan sözleşmelerde buna ilişkin bilgiler, duruma göre dijital içeriklerin fonksiyonu ve bununla ilgili olarak teknik koruyucu önlemler, önem arz etmesi ve satıcı/sağlayıcı tarafından bilinmesi veya bilinmesi gerektiği hâllerde *hardware* veya *software* sistemlerinin çalışması için gerekli donanıma ilişkin bilgiler tüketiciye verilmelidir.

Bu bilgilendirme yükümlülükleri, sınırlı bir hacim ve belirli bir kapsamda sunulmayan su, gaz ve elektriğin ifasına ilişkin sözleşmeler, uzaktan ısıtmaya ilişkin sözleşmeler ve kalıcı veri saklayıcısı üzerine kaydedilmemiş dijital içeriklerin ifasına ilişkin sözleşmeler için de geçerlidir (m. 5/II). Ancak bu yükümlülüklerin düzenlendiği 5. maddenin 3. ve 4. fıkralarında bu hükmün uygulanmasına ilişkin iki istisna öngörülmüştür. Buna göre, üye devletler günlük hayatta sıkça karşılaşılan işlemlerde ve sözleşme kurulmasıyla birlikte derhâl ifa edilen sözleşmelerde bu hükmü uygulamayabilirler (m. 5/III). Diğer bir deyişle üye devletler, bu madde kapsamındaki sözleşmeler için başka sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülükleri öngörebilirler.

Bu istisnalarla birlikte bu hüküm için tam uyum ilkesinden ayrılmıştır. Nitekim Direktifin bu maddesi Türk hukukuna alınmamıştır.

2. Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Bilgilendirme Yükümlülüğü

Direktif m. 6 mesafeli sözleşmeler ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelere ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün içeriğini düzenlemiştir. Bilgilendirme, sözleşme kurulmadan ya da tüketici, sözleşme kurmaya yönelik bir teklifle bağlanmadan önce, açık ve anlaşılır bir şekilde yapılmalıdır.

Bilgilendirme yükümlülükleri, mal ve hizmetin niteliğine ilişkin bilgilendirme, satıcı/sağlayıcının kimliğine ilişkin bilgilendirme, tüketiciye yükletilen ve yükletilme ihtimali olan ücret ve masraflara ilişkin bilgilendirme ve tüketicinin hangi haklara sahip olduğuna ve bu hakları nasıl kullanacağına ilişkin bilgilendirme olarak sınıflandırılabilir.

tüketiciye verilmesini sağlamaktır, *Tamm*, Marina (2014), Informationspflichten nach dem Umsetzungs zur Verbraucherrechtlinie, VuR, C. 1 s. 9- 17.

a) Mal ve Hizmetin Niteliğine İlişkin Bilgilendirme

Tüketici, mal ve hizmetin temel niteliklerine ilişkin olarak bilgilendirilmelidir. Bilgilendirme, kullanılan iletişim aracına ve mal veya hizmetin niteliğine uygun olarak yapılmalıdır. Bu yükümlülük, MSY m. 5/a ile iç hukuka alınmıştır.

“Temel niteliklerin” ne olduğu konusunda Direktifte bir tanım bulunmamaktadır. Kavram, iç hukuka göre yorumlanacaktır²⁰. Ancak bilgilendirme yükümlülüklerinin kapsamı belirlenirken gözden kaçırılmaması gereken nokta, önemli olanın satıcı/sağlayıcıyı gereksiz yere ek külfet altına sokmak değil, tüketicinin hataya düşmeden kararını verebilmesini sağlamaktır²¹. Bu durumda ürünün nitelikleri ve kullanılan iletişim aracının özellikleri göz önünde bulundurularak bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı belirlenmelidir. Düzenlemenin amacı tüketiciye çok bilgi verilmesini sağlamak değil, tüketicinin kararını etkileyebilecek, önemli bilgilerin verilmesini sağlamaktır.

Dm. 6/I (r) ve (s) bentleri ile uyumlu olarak MSY m. 5/I (i) ve (j) bentlerinde düzenlenen “*varsa dijital içeriklerin işlevselliklerini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri*” ve “*satıcı ve sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi*” de tüketiciye verilmelidir.

b) Satıcı/Sağlayıcının Kimliğine ve Yükümlülüklerine İlişkin Bilgilendirme

MSY m. 5’te aşağıda belirtilen bentlerde düzenlenen bu yükümlülükler Direktif m. 6/I-b, c, d, ve g bentleri ile uyum arz etmektedir.

b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,

c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkân veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket edenin kimliği ve adresi,

ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikâyetlerini ilemesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,

²⁰ Clausnitzer/Delfs, ZVertriebsR 2014, s. 347.

²¹ Clausnitzer/Delfs, ZVertriebsR 2014, s. 347.

f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri.

c) Tüketiciye Yüklenen Masraflara İlişkin Bilgilendirme

Tüketiciye yükletilecek masraflara ilişkin bilgilendirme önem arz etmektedir. Çünkü satıcı/sağlayıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımını Direktifte açıkça düzenlenmiştir. Direktif m. 6/VI'ya göre, satıcı/sağlayıcı tüketiciye ek masraf yüklenmesine ve tüketicinin cayma hakkını kullanması hâlinde geri gönderme masraflarının kendisine ait olacağına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmese²², tüketiciden bu masrafları talep edemez.

Tüketiciye ek masraf yüklenmesine ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü, Direktif m. 6/I-e bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, mal veya hizmetin tüm vergiler dâhil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması hâlinde ek masrafların *doğabileceği* bilgisi tüketiciye verilmelidir. Belirsiz süreli sözleşmelerde veya abonelik sözleşmelerinde toplam fiyat, her faturalama dönemindeki toplam fiyattır. Eğer böyle bir sözleşmede sabit ücret alınıyorsa, toplam fiyat aylık bu masrafları da içerir. Eğer toplam fiyat tam olarak hesaplanamıyorsa, nasıl hesaplanacağı bildirilmelidir.

Bu düzenlemeler Türk hukukunda da yer almaktadır. MSY m. 5/I (d) bendi, mal veya hizmetin toplam fiyatı ve doğabilecek ek masraflar konusunda tüketicinin önceden bilgilendirilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını ise MSY m. 5/III'te düzenlenmektedir. Direktifle uyumlu olarak, Türk hukukunda da satıcı/sağlayıcı tüketiciye bu konuda önceden bilgi vermezse, tüketici sonradan çıkan masrafları karşılamakla yükümlü değildir.

Belirsiz süreli bir sözleşme ya da belirli süreli bir abonelik sözleşmesinin olması durumunda, tüketiciye, her faturalama dönemi bazında toplam masrafın ne olduğunun bilgisi verilmelidir (MSY m. 5/IV). Satıcı/sağlayıcı bu yükümlülüğünü yerine getirmese, tüketici bu masrafları karşılamakla yükümlü olmayacaktır.

Satıcı/sağlayıcı tüketiciyi, sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi

²² Gönderme masraflarının kime yükletileceği konusu AB ve Türk hukukunda farklı düzenlenmiştir, bkz. III E.

üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet ve satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar konusunda da önceden bilgilendirmelidir. Bu bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın müeyyidesi ise ne Direktif ne de MSY’de düzenlenmiştir.

d) Tüketicinin Hangi Haklara Sahip Olduğuna ve Bu Hakları Nasıl Kullanacağına İlişkin Bilgilendirme

Direktifte tüketicinin cayma hakkı konusunda ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir²³. Bunun yanı sıra, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde malın ayıplı olması durumunda tüketicinin kanundan kaynaklanan haklarının bulunduğu konusunda da tüketici bilgilendirilmelidir. Bu düzenlemenin amacı, tüketiciyi sahip olduğu haklar konusunda tam olarak bilgilendirmek ve ayıba ilişkin hakları ile cayma hakkını kullanmak arasında bilinçli bir seçim yapabilmesini sağlamaktır²⁴. Türk hukukuna göre ise satıcının böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Duruma göre müşteri hizmetlerinin varlığı, bundan faydalanma şartları ve işletmenin sunduğu garanti imkânları konusunda da tüketici bilgilendirilmelidir. Yine duruma göre sözleşmenin süresi, süresiz sözleşmelerde, sözleşmenin iptalinin şartları ya da otomatik olarak uzayan sözleşmelerde buna ilişkin bilgiler tüketiciye verilmelidir. Bu iki bilgilendirme yükümlülüğü de iç hukukumuza alınmamıştır.

MSY m. 5/I (k) bendine göre, tüketicilere uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi de verilmelidir.

3. Elektronik Ortamda Kurulan Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi

a) Düzenlemenin Amacı

Direktif 8. madde 2. fıkra, elektronik ortamda tüketicilerin ivazlı bir sözleşme yapmaları durumunda, tüketicinin, ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açıkça bilgilendirilmesini öngörüyor. Literatürde “*Button-Lösung*” olarak adlandırılan bu düzenlemenin amacı, tüketicinin internette dolaşırken dikkatinin dağılmış olmasından faydalanarak veya

²³ Bu konuya ilişkin açıklamalar cayma hakkına ilişkin kısımda yapılmıştır, bkz. III B.

²⁴ *Clausnitzer/Delfs, ZVertriebsR* 2014, s. 349.

sözleşme şartlarını tam olarak değerlendirmeden, “bir tıkla” sözleşme ile bağlanıp, ücret ödeme borcu altına girmesi ihtimaline karşı onu korumaktır. Bu amaç, Direktifin bu maddeye ilişkin olan 39 numaralı gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Özellikle internette genellikle ücretsiz olarak sunulan yemek tarifi, günlük burç yorumları gibi hizmetlerin ücret karşılığında tüketiciye sunulması durumunda, tüketicinin ücret edeme borcu altına gireceği konusunda sözleşme kurulmadan önce, açıkça bilgilendirilmesinin sağlanması istenmiştir.

Bu düzenlemenin Direktife alınmasının öncülüğünü Alman hukuku yapmıştır²⁵. Ancak genel hükümlerle çözülebilecek bir meselenin ayrıca kanunda düzenlenmesi yine en başta Alman Hukukçular tarafından eleştirilmiştir²⁶. Zira bu tür durumlarla, ya ücrete ilişkin bilgiye genel işlem koşulları içinde yer verilmesi ya da internet sitesinde kıyıda köşede kalmış veya okunmaya elverişli olmayacak bir şekilde yer verilmiş olması hâlinde karşılaşılmaktadır. Ücretin genel işlem koşulu içinde yer alması durumunda, genel işlem koşullarının denetimi müessesesi devreye girecek ve genellikle ücretsiz olarak sunulan hizmetlerin ücretlendirilmesine ilişkin böyle bir hüküm sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir koşul olarak kabul edilecek ve sözleşmenin parçası hâline gelmeyecektir. İnternet sitesinde “*gözden kaçmaya elverişli bir şekilde*” ücretin belirtilmesi durumunda ise şartlar oluşmuşsa irade sakatlığı hâllerine başvurulabilecektir.

b) Uygulama Alanı

Elektronik ortamda kurulan ivazlı sözleşmelerde, tüketici, siparişini vermeden önce, mal veya hizmetin temel nitelikleri, vergiler dâhil ödeyeceği toplam fiyat, duruma göre sözleşmenin süresi, iptal şartları ve yine duruma göre tüketicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin en az ne kadar süreceği hakkında açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmelidir. Tüketici, siparişinin ardından ücret ödeme yükümlülüğü altına girecekse, böyle bir sipariş verdiğini açıkça onaylamalıdır. Dolayısıyla satıcı/sağlayıcı tüketiciye “*ücret karşılığı sipariş et*” veya aynı anlama gelecek şekilde, karşılığında ödeme yükümlülüğü altına gireceği siparişini onaylama imkânı sunmalıdır.

²⁵ Staudinger/Thüsing (2013), vor zu §§ 312b-i BGB Rn. 35.

²⁶ *Enst*, Stefan (2012), Das Gesetz gegen Abofallen- Guter Wille- Mehr Nicht, VuR C. 6, s. 205-207; *Tamm*, Marina (2012), Kostenfallen im Internet nach neuer Rechtslage, VuR C. 6, 217-223.

Satıcı/sağlayıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımını Direktifte, tüketicinin sözleşme ya da siparişle bağlı olmaması olarak düzenlenmiştir.

Satıcı/sağlayıcı bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa, sözleşme askıda geçersiz olarak kurulacak, tüketicinin sözleşmeyi sonradan onaylaması ya da ifa etmesi suretiyle geçerli hâle gelebilecektir²⁷.

Elektronik yolla kurulacak sözleşmelerde, en geç sipariş süreci başladığı andan itibaren ifaya ilişkin bir sınırlama olup olmadığı ve hangi araçlarla ödemenin kabul edileceğine ilişkin bilgi açık ve anlaşılır bir şekilde tüketiciye verilmelidir (Direktif m 8/III). Bu düzenleme MSY m. 6/II-b ile uyumludur.

c) Türk Hukukundaki Düzenleme

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 6/II-a'ya göre, “*Mesafeli sözleşmelerin internet yoluyla kurulması hâlinde satıcı/sağlayıcı bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin genel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, bu düzenlemede yer alan sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, mal veya hizmetin vergiler dâhil toplam fiyatı, tüketicinin cayma hakkının olduğu durumlarda bu hakkın kullanımına ilişkin bilgi ve cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağı ve hangi hâllerde bu hakkı kaybedeceğine ilişkin bilgileri bir bütün olarak, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmeden hemen önce açık bir şekilde ayrıca tüketiciye vermekle yükümlüdür*”. Bu hükümden de anlaşıldığı gibi, elektronik sözleşmelerde, satıcı/sağlayıcı

²⁷ Alman hukukunda bu maddeye karşılık gelen § 312 j maddesindeki düzenlemenin elektronik sözleşmeler için bir şekil şartı olup olmadığı tartışılmıştır. Zira madde gerekçesinde “*şekil şartı öngören bir hükme benzer bir koruma*” getirilmesinin amaçlandığından bahsedilmektedir. Bunun bir şekil şartı olarak kabul edilmesi hâlinde, edim ifa edilmiş olsa bile sözleşme geçerli olmayacaktır. Kendisine fatura gönderilen tüketicinin bir anlık telaşla faturayı ödemiş olması ihtimalinde, tüketici sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ödediği bedelin iadesini isteyebilecektir. Sözleşme ile bağlı kalmak istemesi durumunda ise sözleşmeyi baştan yapması gerekecektir. Böyle bir kabul hem Direktifin amacını aşacağı hem de sözleşmeyle bağlı kalmak isteyen tüketiciye bu imkânı vermeyerek, sözleşme serbestisi ilkesini zedeleyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu konudaki görüşler için bkz. **Tamm**, Kostenfallen, VuR 2012, s. 223; **Alexander**, Christian (2012), Neuregelung zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW, C. 28, 1985-1990, s. 1989; **Raue**, Benjamin (2012), “Kostenpflichtig bestellen” ohne Kostenfalle? Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, MMR, C. 7, 438- 443, s. 442.

kapsam olarak değil, fakat bilgileri verme şekli bakımından ek bir yükümlülük altındadır.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 7'de düzenlenen ön bilgilerin teyidi ve m. 8'de hüküm altına alınan ön bilgilendirmeye ilişkin diğer yükümlülükler, sadece elektronik sözleşmeler değil tüm mesafeli sözleşmeler için geçerlidir. Dolayısıyla burada Direktif hükmünden bir ayrılma söz konusudur. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı gibi, Direktif hükmüne göre, satıcı/sağlayıcı tüketiciyi ödeme yükümlülüğü altına girdiği konusunda açıkça bilgilendirmeli ve tüketicinin bunu onaylamasını sağlamalı. Türk hukukunda ise tüketicinin ücret ödeme borcu altına gireceğine ilişkin bilgilendirme ve onay yükümlülüğü farklı maddelerde düzenlenmektedir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 8'e göre, *“satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi hâlde tüketici, siparişi ile bağlı değildir.”* MSY 7. maddede ise *“satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin 6. maddede belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Aksi hâlde sözleşme kurulmamış sayılır.”*

4. Sesli İletişim Yoluyla Kurulan Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi

Telefon, telekonferans gibi sesli iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde bilgilendirmenin nasıl yapılması gerektiği konusunda Direktifin 8. maddesi özel düzenlemeler içermektedir. Buna göre satıcı/sağlayıcı, tüketiciyi sözleşme kurmak amacıyla aradığında konuşmanın başında kimliğini, eğer bir başkası adına ve hesabına arıyorsa bu kişinin kimliğini ve ticarî bir amaçla aradığını açıklamalıdır (Direktif m. 8/V). Bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortamda mesafeli sözleşmenin kurulması hâlinde satıcı/sağlayıcı, sözleşme kurulmadan önce, mal ve hizmetin temel niteliklerine ilişkin bilgileri, cayma hakkına ilişkin bilgileri, malın vergiler dâhil toplam fiyatına ilişkin bilgileri, sözleşme süresi ve belirsiz süreli sözleşmelerde sözleşmenin iptaline ilişkin bilgileri tüketiciye vermelidir. Bu durumda da satıcı/sağlayıcının bilgilendirmeye ilişkin genel yükümlülüğü saklıdır.

Telefonla kurulan mesafeli sözleşmelerde üye ülkeler tüketicinin siparişini onaylaması zorunluluğunu getirebilirler. Buna göre tüketici,

teklifini imzaladıktan ya da yazılı onay gönderdikten sonra bağlanır. Üye ülkeler bu onayın kalıcı veri taşıyıcısı ile verilmesini de öngörebilirler (Direktif m. 8/VI).

Bu hükümler, MSY m. 6/III ile Türk hukukuna aynen alınmıştır. Ancak MSY m. 8/II'de düzenlenen, satıcı/sağlayıcının tüketiciyi sözleşme kurmak amacıyla araması durumunda kimliğine ve ticarî amaçla aradığına dair tüketiciyi bilgilendirmesi yükümlülüğünün, 6. madde 3. fıkrada düzenlenmesi teknik açıdan daha doğru olurdu.

5. Sözleşme Sonrası Bilgilendirme Yükümlülüğü

Satıcı/sağlayıcı sözleşme kurulduktan sonra makul bir süre içinde, en geç malların teslimine kadar ya da hizmetin ifasına başlanmadan önce sözleşmenin onaylandığını kalıcı veri taşıyıcısı ile tüketiciye bildirmelidir. Bu onay, eğer sözleşme kurulmadan önce kalıcı veri taşıyıcısı ile verilmemişse, Direktifin 6. maddesi 1. fıkrasında belirtilen bilgileri içermelidir. Aynı şekilde, duruma göre maddî bir veri taşıyıcısına aktarılmamış dijital içeriklerin ifasına başlanması durumunda tüketiciye cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi de tüketiciye verilmelidir.

Türk hukukunda mesafeli sözleşmelerin sesli iletişim yoluyla kurulması ya da siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alan ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla mesafeli sözleşmenin kurulması hâlinde, satıcı/sağlayıcı, MSY m. 5'te yer alan bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak göndermek zorundadır (MSY m. 6/III, IV).

B. BİLGİLENDİRMENİN DİLİ

Bilgilendirmenin hangi dilde yapılması gerektiği konusunu Direktif, üye ülkelere bırakmıştır. Direktif m. 6/VII hükmüne göre, üye ülkeler bu bilgilerin anlaşılmasını temin edecek şekilde, bilgilendirmenin hangi dilde yapılacağını kendi iç hukuklarına göre belirleyebilirler.

AB metinleri, satıcı/sağlayıcıya birden fazla dilde bilgi sunma yükümlülüğü getirmemekte; aksine, tüketicinin anlamadığı bir dilde sözleşme yaptığı durumlarda, sorumluluğu kendisine yani tüketiciye yüklemektedir.²⁸

²⁸ *Clausnitzer/Delfs, ZVertriebsR*, 2014, s. 347.

C. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Direktifte bu kadar fazla bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmesi olmasına rağmen, satıcı/sağlayıcının bu yükümlülüğüne aykırı davranmasının genel bir yaptırıma bağlanmaması eleştiri konusu olmuştur²⁹. Nitekim Direktifte, tüketicinin sözleşme kurulmadan önce, ödemesi muhtemel masraflara ve de cayma hakkına ilişkin gerektiği gibi bilgilendirilmemesinin yaptırımı düzenlenmiş; bunlar dışında kalanlar ise bir yaptırıma bağlanmamıştır.

Bunlara ek olarak Direktif, elektronik ortamda kurulan ivazlı sözleşmelerde, tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girdiğini onaylaması gerektiğini öngörmüş ve satıcı/sağlayıcının tüketiciye böyle bir onay imkânı sunmamasını, tüketicinin “*siparişiyle bağlı olmayacağı*” şeklinde bir yaptırıma bağlamıştır.

Türk hukukunda ise, bu konuda eski TKHK 9/A maddesi 2. fıkrası hükmü muhafaza edilmiştir. Satıcı/sağlayıcı, hangi ortamda kurulduğu fark etmeden, tüm mesafeli sözleşmelerde tüketicinin, ön bilgileri edindiğini teyit etmesini sağlamakla yükümlüdür (MSY m. 7). Bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı da “*sözleşmenin kurulmaması sayılması*” olarak düzenlenmiştir.

Ön bilgilendirmeye ilişkin diğer yükümlülükler başlığı ile kaleme alınan MSY m. 8/I’de de Direktif hükümlerinden bir sapma söz konusudur. Zira Direktife göre, satıcı/sağlayıcının, sadece elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmesi gerekirken; MSY m. 8/I hükmü tüm mesafeli sözleşmeler için geçerlidir. Satıcı/sağlayıcı bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa, tüketici *siparişi ile bağlı olmayacaktır*.

III. CAYMA HAKKI

A. CAYMA HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Tüketicinin korunması amacıyla öngörülen bir diğer araç tüketiciye cayma hakkının tanınmasıdır. TKHK’nin genel gerekçesinde³⁰ tüketiciye tanınan cayma hakkı şu şekilde açıklanmıştır: “*Tüketicinin korunması ihtiyacı değişik sebeplere dayandığından tüketiciyi korumak için*

²⁹ Tamm, VuR, 2014, s. 17.

³⁰ Gerekeç, s. 8, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/tbmmss490.pdf>. (23.01.2016)

kullanılması gereken araçlar da farklılaşabilmektedir. (...) Bir dizi sözleşmede sorun, tüketicinin bunları gerek işlemin cazibesi gerekse pazarlama tekniklerinin özellikleri nedeniyle çok fazla düşünmeden imzalamasıdır. Bu hâllerde genelde karşılaşılan durum, tüketicinin kısa süre sonra sözleşmeyi kurduğuna pişman olmasıdır. İşte bu hâllerde kendisine tanınabilecek en iyi imkân cayma hakkıdır. Başka bir deyişle sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanını geri alma hakkıdır. (...) Bu şekilde tüketici düşünmeden, baskı altında veya malı görmeden akdettiği sözleşmeden kurtulma imkânına sahip olacaktır.”

TKHK m. 48/IV c. 1'e göre “tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.”

Cayma hakkı tüketiciye her hangi bir gerekçe göstermeden, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulmasını sağlayan, yenilik doğuran bir haktır³¹. Burada cevaplanması gereken soru ise, cayma hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak mı yoksa değiştirici yenilik doğuran bir hak mı olduğudur. Cayma hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmesi durumunda, hakkın kullanılmasıyla birlikte sözleşme ilişkisi başlangıçtan itibaren sona erer ve taraflar edimlerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilirler. Değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğunun kabulünde ise, sözleşme ilişkisi devam eder ve tarafların bu sözleşmeye bağlı olarak edim yükümlülükleri ters döner. Dolayısıyla bu aşamadan sonra çıkacak uyuşmazlıklara da sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Esas olarak dönme hakkının hukukî niteliğini ve sonuçlarını belirlemeye yönelik olarak yapılmış bu tartışmalar³², cayma hakkının niteliğinin belirlenmesinde de yol gösterici olacaktır³³.

³¹ *Buz*, Vedat (1998), Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin, s. 89; *Serozan*, Rona (2007), Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 137; *İnal*, Emrehan (2005), İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul, Vedat, s. 189; *Yıldırım*, Abdulkerim (2010), Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, On iki Levha, s. 212.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 39 vd.; *Buz*, s. 118 vd.

³³ Dönme hakkının hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar Alman hukuku menşelidir. Alman hukukunda bugün kabul edilen görüş ise, Dönüşüm Teorisidir. Yani sözleşme ilişkisi sona ermez, ancak bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Tüketici sözleşmelerinde cayma hakkının sonuçlarının düzenlendiği § 357 BGB' de, cayma hakkının “*dönmeye benzer*

Bu hususun tespiti adına TKHK veya MSY'nin lafzından bir çıkarım yapmak maalesef mümkün değildir. Direktif m. 12'ye göre ise, cayma hakkının kullanılmasyla birlikte, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri sona erer. Direktifteki bu ifade ve Türk hukukunda bugüne kadar hâkim olarak kabul edilmiş olan³⁴, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceği görüşü göz önünde bulundurularak, cayma hakkının sözleşmeyi geçmişe etkili olarak kaldırdığını kabul etmek mümkün olacaktır. Klasik Dönme Görüşünden farklı olarak, bu geçmişe etkinin sadece taahhüt değil aynı zamanda tasarruf işlemini de ortadan kaldırdığı yani aynî etkili olduğu görüşü de hukukumuzda kabul edilmektedir³⁵.

B. TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKINA İLİŞKİN BİLGİLENDİRİLMESİ

Direktif 6. madde 1. fıkrada h, i, j ve k bentlerinde, satıcı/sağlayıcının tüketiciyi cayma hakkına ilişkin nasıl bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmektedir. Buna göre tüketiciye;

- Tüketicinin cayma hakkına sahip olması durumunda, Direktif m. 11 veya Ek-I'de öngörülmüş olan forma uygun olarak, bu hakkın kullanılma şartları, süresi ve usulü hakkında bilgi,
- Cayma hakkının kullanılmasının ardından, tüketicinin gönderme masraflarını yükleneyeceğine ilişkin ve ürünün özellikleri nedeniyle normal posta yoluyla gönderilemiyorsa, buna ilişkin masrafların tüketici tarafından karşılanacağına ilişkin bilgi,
- Direktif m. 7/III veya m. 8/VIII'de öngörülmüş olan hâllerde (hizmet veya su, gaz, elektrik sağlanmasına yönelik sözleşmelerde) cayma hakkının kullanılması durumunda, uygun bir bedel ödemek durumunda kalabileceğine ilişkin bilgi,

sonuç doğurduğu” kabul ediliyordu ve kanunda dönme hakkına atıf yapılıyordu. Ancak Direktif hükümlerinin Alman hukukuna alınmasıyla birlikte bu atıf kaldırıldı.

³⁴ *Gezder*, Ümit (2006), Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul, Beta, s. 181; *İnal*, s. 189; *Yıldırım*, s. 251.

³⁵ *Öz*, Turgut (1989), İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı, s. 40; *Buz*, s. 134; *Eren*, Fikret (2015), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 808.

- Direktif m. 16'ya göre tüketicinin cayma hakkına sahip olmadığı durumlarda buna ilişkin bilgi ya da hangi hâllerde cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi verilmelidir.

Türk hukukunda mesafeli sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin ise nasıl yapılması gerektiği MSY m. 5/I- g, ğ, ve h bentlerinde düzenlenmektedir. Buna göre, cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler; cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri; MSY m. 15'e göre cayma hakkının istisnalarının söz konusu olması durumunda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi tüketiciye verilmelidir.

Satıcı/sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmektir yükümlüdür (TKHK m. 48/IV c. 3, MSY m. 10/I c. 1). Tüketicinin cayma hakkının varlığı ve bu hakkı nasıl kullanacağına dair gerektiği gibi bilgilendirilmemesinin yaptırımı, hem Direktifte hem de Türk hukukunda cayma süresinin uzaması olarak düzenlenmiştir. Eğer tüketici cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süre ile bağlı değildir (MSY m. 10/I c. 2). Süre, cayma süresinin bittiği tarihten itibaren 1 yıl uzar. Ancak bu bir yıllık süre içerisinde, tüketici cayma hakkı konusunda gerektiği gibi bilgilendirilirse, 14 günlük cayma süresi, bu bilgilendirmenin yapıldığı günden işlemeye başlar (Direktif m. 10, MSY m. 10/II).

Hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde kural olarak cayma hakkı kullanılabilir. Bunun istisnası MSY m. 15/ğ ve h bentlerinde düzenlenmiştir. Tüketici, elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrî maddî mallara ilişkin sözleşmelerde cayma hakkına sahip değildir. Bunlar dışında kalan hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanırsa, tüketici cayma hakkını kullanamaz (MSY m. 15/h). Ancak hizmet ifasına başlandığı takdirde tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı bilgisi tüketiciye verilmelidir (MSY m. 5/I-h).

C. CAYMA HAKKI SÜRESİ

Direktifin iç hukuka alınmasıyla birlikte 7 gün olan cayma süresi 14 güne; cayma hakkının kullanılmasının üst sınır ise 3 aydan 1 yıla

çıkarılmış oldu. Bununla birlikte sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı ayrıntılı bir şekilde düzenlendi.

TKHK m. 48/I'e göre, tüketici on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Direktif hükmüne paralel olarak getirilen bu düzenleme ile tüketici sözleşmelerinde cayma hakkının kullanılması için öngörülen 14 günlük süre yeknesaklaştırılmış oldu³⁶. Cayma hakkına ilişkin sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı Direktifte (Direktif m. 9/II) ve buna paralel olarak MSY'de (MSY m. 9) mal teslimine ve hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Mal teslimine ilişkin sözleşmelerde tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallar, birden fazla parçadan oluşan mallar ve belirli süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde de sürenin başlama zamanı ayrı bentlerde hüküm altına alınmıştır.

Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin³⁷ malı teslim aldığı gün başlar.

Teslim edilen malın ayıplı olması durumunda tüketici dilerse ayıba ilişkin haklarını dilerse cayma hakkını kullanabilir. Dolayısıyla ayıplı malın teslim edilmesi cayma süresinin başlamasını engellemez. Ancak sipariş edilen maldan tamamen başka bir mal teslim edilmesi durumunda cayma süresinin işlemeye başlamayacağı kabul edilmektedir³⁸.

³⁶ Cayma hakkının öngörüldüğü iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, tüketici kredisi sözleşmeleri, ön ödemeli konut satışı sözleşmeleri, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinde tüketici, 14 gün içinde cayma hakkını kullanabilir. Taksitle satış sözleşmelerinde ise bu süre Türk Borçlar Kanunu ile paralel olarak 7 gündür.

³⁷ Madde lafzında açıkça belirtildiği gibi, 3. kişinin malı teslim aldığı durumlarda sürenin işlemeye başlaması için, bu teslimin tüketicinin bilgisi dâhilinde yapılması gerekir. Tüketici teslimat adresinde bulunmadığı için paketin kargo merkezinde veya postanede bekletilmesi hâllerinde süre işlemeye başlamaz. Zira henüz ürün tüketicinin hâkimiyet alanına ulaşmamıştır ve dolayısıyla tüketici ürünü gözden geçirme imkânına sahip değildir. Bu durum Direktifte de malın, tüketici tarafından belirtilen ve taşıyıcı olmayan 3. kişiye teslimiyle, cayma süresinin işlemeye başlayacağı şeklinde düzenlenmiştir (Direktif m. 9).

³⁸ *Staudinger/Thüsing* (2013), § 312d Rn. 27.

Teslimin birden fazla seferde tamamlandığı sözleşmelerde Direktif m. 9/II-b ve MSY m. 9/III hükümleri uyumludur. Buna göre cayma hakkı süresinin belirlenmesinde,

- Tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen 3. kişinin son malı teslim aldığı gün,
- Birden fazla parçadan oluşan mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,
- Belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün esas alınır.

D. CAYMA HAKKININ KULLANILMASI

Cayma hakkının geçerli bir şekilde kullanılabilmesi için cayma beyanının süresi içinde gönderilmesi yeterlidir, satıcı/sağlayıcıya ulaştığı an esas alınmaz. Dolayısıyla cayma beyanının süresi içinde gönderdiğine ilişkin ispat yükü tüketicidedir (Direktif m. 11/IV, MSY m. 11/IV). Cayma beyanının yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısıyla iletilmesi gerekmektedir. Cayma beyanının kullanılması ilişkin bu şekil şartı, bugün için yürürlükten kalkmış olan, 6.3.2011 tarih ve 27866 sayılı Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik ile getirilmişti. Bu hüküm, Direktifin 11. maddesi 1. fıkrası b bendi ile çelişse de MSY m. 11'de muhafaza edilmiştir. Zira Direktif, cayma beyanının Direktifin ekinde öngörölmüş olan örnek form yoluyla – ki bu form MSY'nin de ekine alınmış ve cayma hakkının bu form aracılığıyla kullanılması kabul edilmiştir- ya da aynı anlama gelen ve sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmak istediğini açıkça gösteren beyanın başka herhangi bir şekilde gönderilmesini yeterli görmüştür. Direktifin 44 Numaralı gerekçesinde de cayma beyanının telefonla da açıklanabileceği belirtilmiştir.

Şekil serbestisi öngörmüş olan Direktiften bu şekilde sapılması tüketici aleyhine bir düzenleme gibi görülse de cayma hakkını kullandığına dair ispat yükünün tüketicide olduğu düşünüldüğünde, cayma beyanının yazılı bir şekilde veya kalıcı veri saklayıcısı ile iletilmesi zorunluluğunun yerinde bir hüküm olduğu söylenebilir³⁹.

³⁹ Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik'te 2011 yılında yapılan değişiklikten önce malın geri gönderilmesi suretiyle de cayma beyanının kullanılabilceği kabul edilmekteydi, bkz. *Demir*, Mehmet (2003), Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri

Direktif m. 11/III ve MSY m. 11/II'ye göre, satıcı/sağlayıcı tüketicinin, cayma hakkını internet üzerinden kullanmasını da sağlayabilir. Bu durumda satıcı/sağlayıcı, tüketicilerin ilettiği olduğu cayma taleplerinin kendilerine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini tüketiciye derhâl iletmek zorundadır.

E. CAYMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

1. Edimlerin İadesi

Cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte satıcı/sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde, varsa malın tüketiciye teslim masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür (Direktif m. 13/I, MSY m. 12/I).

Tüketici ise cayma beyanını gönderdiği tarihten itibaren 14 gün içinde, malı satıcı ya da yetkilendirdiği bir kişiye teslim etmek zorundadır (Direktif m. 14/I, MSY m. 13/I). Bu düzenleme ile cayma hakkının kullanılmasının ardından tüketici ile satıcının iade yükümlülükleri adaletli bir şekilde denkleştirilmiş oldu. Zira eski düzenlemeye göre, satıcı, cayma beyanının kendisine ulaşmasından sonra en geç on gün içinde almış olduğu tüm bedeli iade etmek ve yirmi gün içinde malı geri almakla yükümlüydü.

Direktif ve Türk hukuku malın geri gönderilmesine ilişkin masrafların kime yükleneceği konusunda ayrışmaktadır⁴⁰. Direktif m. 14'e göre satıcı, geri gönderme masraflarını karşılamak zorunda değildir. Bu masraflar kural olarak tüketiciye aittir. Satıcı, bu masrafları karşılayacağını belirtirse ya da bu masrafların tüketiciye ait olduğu konusunda tüketiciyi sözleşme kurulmadan önce bilgilendirmemişse, tüketici geri gönderme masraflarından sorumlu olmaz.

Hukumumuzda iade masraflarını kimin karşılayacağı MSY m. 12/III'te düzenlenmiştir. Buna göre satıcı, iade için bir taşıyıcı öngörmüş ve sözleşme öncesinde tüketiciyi bu hususta bilgilendirmişse, masraflar satıcıya ait olmak üzere bu taşıyıcı vasıtasıyla malın gönderilmesi gerekir.

Alma Hakkı, Ankara, Turhan, s. 313. Ancak mevcut düzenleme açısından bu mümkün görünmemektedir.

⁴⁰ 2011 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'e göre satıcı malı geri almakla yükümlü olduğu için gönderme masraflarını kimin karşılayacağına dair bir hüküm bulunmamaktaydı.

Bu taşıyıcının, tüketicinin bulunduğu yerde şubesi yoksa ilave masraf talep etmeden, malın tüketiciden alınmasını sağlamak zorundadır. Sözleşme öncesi öngörülenden farklı bir şekilde iadeyi gerçekleştirmek isteyen tüketicinin, bunun masrafını kendisi karşılaması gerekecektir.

Satıcı ön bilgilendirmede herhangi bir taşıyıcı belirlemediyse, tüketici kendi seçtiği yolla, masraflar satıcıya ait olmak üzere ürünü göndermelidir.

Görüldüğü üzere hukukumuzda tüketici lehine AB hukukundan bir sapma söz konusudur. Direktif hükmü, tüketicinin yükümlülüğünü ağırlaştırmış olsa da satıcı/sağlayıcı ve tüketicinin menfaatlerini dengelediği gerekçesiyle memnuniyetle karşılanmıştır⁴¹.

2. Malın Değer Kaybetmesi veya İadenin İmkânsızlaşması

Malın değer kaybetmesi hâlinde tüketicinin bundan sorumlu tutulması Direktif m. 14/II'de düzenlenmiştir. Buna göre, malın özelliklerini ve fonksiyonunu test etmenin ötesinde bir kullanım sebebiyle malda bir değer kaybı meydana geldiyse, tüketici bundan sorumlu tutulacaktır. Yani malda değer kaybının meydana gelmesi cayma hakkının kullanımına engel değildir ancak bu değer kaybının tazmini gerekmektedir. Ancak pratikte böyle bir durumda cayma hakkının kullanılması tüketici için avantajlı olmayabilir. Zira hem ürünü iade etmesi hem de değer kaybını tazmin etmesi gerekecektir. Yine de kanaatimce özellikle yüksek meblağlı sözleşmelerde, malda düşük bir değer kaybı söz konusu olduğunda, tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağını kabul etmek yerine, değer kaybının tazmini suretiyle ona bu hakkın tanınması, irade serbestisine uygun düşmektedir.

Türk hukukunda ise malın değer kaybetmesi durumunda cayma hakkının kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yürürlükten kalkmış olan 6.3.2011 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 8/II, malın değer kaybetmesi ya da iadesinin imkânsızlaşması hâllerinde de cayma hakkının kullanılabilmesini düzenlemekteydi. Bu gibi hâllerde değer kaybı ya da imkânsızlık tüketiciye yükletilebiliyorsa, tüketicinin bunu tazmin etmesi gerekteydi. Mutat kullanım sebebiyle meydana

⁴¹ *Föhlisch*, Carsten/*Dyakova*, Tanya (2013), Das Widerrufsrecht im Onlinehandel. Änderungen nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, MMR, 71- 76, s. 75.

gelen değişiklik ve bozulmalar ise değer kaybı olarak görülmüyordu. Bu düzenlemeler 27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğine alınmadı. TKHK'nun 48. maddesi 4. fıkrası son cümlesinde sadece tüketicinin, cayma hakkı süresi içinde malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olmayacağı düzenlendi.

Malın değer kaybetmesi durumuna ilişkin olarak böyle bir değişikliğe gidilmesi, bu gibi durumlarda cayma hakkının kullanılmayacağı şeklinde yorumlanabilir. Ancak Direktif hükmü gözetilerek, tüketiciye bu hâllerde de cayma hakkının tanınmasının hakkaniyete daha uygun olacağı kanaatindeyim. Tabii tüketicinin MSY m. 5/I-h bendi uyarınca, hangi hâllerde cayma hakkından faydalanamayacağı ya da cayma hakkını kaybedeceği konusunda aydınlatılmış olması gerekmektedir. Böyle bir bilgilendirmenin yapılmamış olması durumunda tüketici, değer kaybından sorumlu olmayacak ancak bu sorumsuzluğun sınırını da dürüstlük kuralı oluşturacaktır.

Mutata kullanım sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan ne anlaşılması gerektiği konusunda ise amaca uygun yorum yapılarak, “mutata kullanım” ifadesi dar yorumlanmalıdır⁴². Zira bir elbisenin, bir ayakkabının dışarıda giyilmesi mutata kullanım kapsamındadır. Ancak böyle bir kullanımın ardından cayma hakkının hiçbir tazminat ödenmeden kullanılması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Direktif m. 14/II'de “ürünün özellikleri ve fonksiyonlarını tespit kapsamında kullanımının” değer kaybına yol açmayacağı belirtilmiştir. Direktifin 47 numaralı gerekçesinde ise bunun sınırının mağazadaki gözden geçirme kadar olduğu ifade edilmiştir. Ancak Alman Federal Mahkemesinin 3.11.2010 tarihli “Su Yatağı Kararında⁴³” daha geniş bir yoruma gidilmiştir. Uyuşmazlığa konu olan olayda tüketici, internet üzerinden bir su yatağı sipariş etmiş, evde yatağı su doldurarak denemiş ve memnun kalmaması üzerine cayma hakkını kullanmak istemiştir. Mahkeme, su yatağının ancak su doldurularak denenebileceğini belirterek, tüketicinin değer kaybı sebebiyle tazminat ödemesinin gerekmediğine hükmetmiştir.

⁴² Yıldırım, s. 258.

⁴³ BGH NJW 2011, C. 1/2, s. 56.

2009 tarihli ABAD kararına⁴⁴ göre de, sadece cayma hakkının kullanılmış olması tazminat yükümlülüğünün doğması için sebep teşkil etmemektedir. Ancak dürüstlük kuralı veya sebepsiz zenginleşme hükümleriyle bağdaşmayacak bir kullanım tazminat borcu doğuracaktır.

İadenin imkânsızlaşması durumunda cayma hakkının kullanılabilip kullanılamayacağı hususu Direktifte de düzenlenmemektedir. İadenin imkânsız olması durumunda, imkânsızlığı doğuran olay tüketiciye yükletilebiliyorsa, tüketicinin tazminat yükümlülüğü doğacaktır⁴⁵. Bu da ürün bedelinin satıcı/sağlayıcı tarafından kendisine iade edilmemesi şeklinde karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla, cayma hakkının kullanılması pratikte bir sonuç doğurmayacaktır. İmkânsızlık, tüketiciye yükletilemeyen bir sebeple gerçekleşmişse, kanaatimce, tüketicinin cayma hakkını kullanmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilmelidir. Örnek olarak, kişinin internetten aldığı abiye elbise, henüz 14 günlük cayma süresi dolmadan tüketiciye yükletilemeyen bir sebeple yanarsa, tüketici cayma hakkına sahip olacaktır ancak bu hakkın kullanımı TMK m. 2/II gereğince hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir.

⁴⁴ EuGH NJW 2009, C. 41, s. 3015, olayda tüketici Bayan Messner, 2.12.2005 tarihinde, internet üzerinden satıcı Krüger'den 278 € bedelinde ikinci el Notebook almıştır. Satıcının sözleşme yapıldığı sırada internet sitesinde bulunan Genel İşlem Koşullarında “gereğine uygun kullanım neticesinde ortaya çıkan değer kayıplarında tüketicinin tazminat ödemekle yükümlü olacağına” ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Ağustos 2006'da bilgisayar da bir arıza ortaya çıkmış ve Bayan Messner arızayı satıcıya bildirerek ücretsiz onarım talep etmiştir. Satıcı ise bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine Bayan Messner 7.11.2006 tarihinde cayma hakkını kullanarak, kendisine bedel iadesi yapıldığında Notebooku teslim hazır olduğunu bildirmiştir (Cayma hakkına ilişkin usulüne uygun bildirim yapılmadığı için, hakkın kullanım süresi uzamış ve hak süresi içerisinde kullanılmıştır.). Bedel iadesinin yapılmaması üzerine Bayan Messner dava açmıştır. Davada satıcı Krüger, Notebookun 8 aylık kullanımı için uygun bir kira bedelinin ödenmesi gerektiğini, piyasada böyle bir Notebook için 3 aylık kira bedelinin yaklaşık olarak 118,80 € olduğunu, dolayısıyla sekiz aylık kullanım için 316,80 € ödenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun üzerine mahkeme, ABAD'a Direktifin (97/7/EG sayılı Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Direktif) nasıl yorumlanması gerektiğini sormuştur.

⁴⁵ *Yıldırım*, s. 259.

Sonuç

Direktifin mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümleri TKHK m. 48 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile Türk hukukuna alınmıştır. Bu hükümler büyük oranda Direktif ile uyum arz etmektedir.

Türk ve AB hukuku arasında süregelen temel fark, tüketici tanımında kendisini göstermektedir. AB hukukunda sadece gerçek kişiler tüketici olabilirken, Türk hukukunda tüzel kişilerin de tüketici olmaları kabul edilmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde bilgilendirme yükümlülüğünün içeriği ve nasıl yapılması gerektiği hem Direktif hem de MSY'de oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bilgilendirmenin nasıl yapılması gerektiği konusunda Türk hukukunda, Direktif hükümlerinden tüketici lehine bir sapma söz konusudur. Hangi ortamda kurulduğu fark etmeden, tüm mesafeli sözleşmelerde, satıcı/sağlayıcı, tüketicinin ön bilgileri onaylamasını sağlamakla yükümlüdür. Aksi hâlde sözleşme kurulmamış sayılacaktır.

Direktifin getirdiği en önemli yenilik ise cayma süresinin 14 güne çıkarılarak, tüm tüketici sözleşmeleri için yeknesaklaştırılması olmuştur. Cayma hakkının kullanılmasından sonra gönderme masraflarını satıcı/sağlayıcının üstlenmesi gerekliliği de yine tüketici lehine Direktif hükümlerinden ayrılan bir düzenlemedir.

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
EuGH	: Europäischer Gerichtshof
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GWR	: Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
KOM	: Komisyon
m.	: madde

- MMR : Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
MSY : Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
Nr. : Numara
NJW : Neue Juristische Wochenschrift
Rn. : Randnummer
s.: sayfa
s.e.t. : son erişim tarihi
TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
v. : von
vd. : ve devamı
VuR : Verbraucher und Recht (VuR) - Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht

Kaynakça

- Alexander, Christian*, Neuregelung zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW, 2012, C. 28, 1985-1990.
- Aydoğdu, Murat*, Tüketici Hukuku Dersleri, 2015, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.
- Buz, Vedat*, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1998, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Clausnitzer, Johan/Delfs, Eva-Maria*, Die EU-“Verbraucherrechterichtlinie- Praxisfragen und Antworten der Leitlinien der Europaeischen Kommission (Teil 1)”, ZVertriebsR, 2014, C. 6, s. 343- 351.
- Demir, Mehmet*, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, 2003, Ankara, Turhan Yayınları.
- Drexl, Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, Tübingen, Mohr Siebeck,
- Ehmann, Timo/Forster, Jens*, “Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – Teil 1: Der neue „allgemeine Teil“ des Verbraucherschutzrechts”, GWR, 2014, C. 8, s. 163-167.
- Enst, Stefan*, Das Gesetz gegen Abofallen- Guter Wille- Mehr Nicht, VuR 2012, C. 6, s. 205-207.

- Eren, Fikret*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2015, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Föhlisch, Carsten/Dyakova, Tanya*, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel. Änderungen nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, MMR, 2013, s. 71- 76.
- Gezder, Ümit*, Mesafeli Sözleşmeler, 2006, İstanbul, Beta Yayınları.
- İnal, Emrehan*, İnternette Sözleşmelerin Kurulması, 2005, İstanbul, Vedat Yayınları.
- Meller- Hannich, Caroline*, Verbraucherschutz in Schuldvertragsrecht, 2005, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin*, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, 2000, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, s. 663- 692.
- Öz, Turgut*, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989, İstanbul, Kazancı Yayınları.
- Özel, Çağlar*, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2014, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Raue, Benjamin*, "Kostenpflichtig bestellen" ohne Kostenfalle? Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, MMR, 2000, C. 7, s. 438- 443.
- Schwab, Andreas/Giesemann, Amelie*, Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW, 2012, C. 7, s. 253-257.
- Serozan, Rona*, Sözleşmeden Dönme, 2007, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Yayınları.
- Tamm, Marina*, Informationspflichten nach dem Umsetzung zur Verbraucherrechterichtlinie, VuR, 2014, C. 1 s. 9- 17.
- Tamm, Marina*, Kostenfallen im Internet nach neuer Rechtslage, VuR, 2012, C. 6, s. 217-223.
- Tonner, Klaus*, "Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick", VuR, 2013, C. 12, s. 443- 448.
- Yıldırım, Abdülkerim*, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, 2010, İstanbul, On iki Levha Yayınları.

TÜRK VE ALMAN İLAÇ HUKUKUNDA HATALI ÜRETİLEN İLAÇTAN DOĞAN SORUMLULUK VE ÖZEL SORUMLULUK HÂLLERİ

Ünsal DÖNMEZ*

ÖZET

Geçmiş yüzyıllar boyunca insanoğlu, sağlığını korumak veya sağlığına kavuşmak amacıyla ilaç kullanmıştır. Özellikle 20. yüzyılda, ilaç endüstrisinde meydana gelen hızlı gelişim, beraberinde ilaç üreticisinin sorumluluğu problemlerini getirmiştir. Almanya’da meydana gelen Contergan faciası ile birlikte hukuk bilimi bu sorunun üzerine eğilmiş ve hatalı üretilen ilaçtan doğan sorumluluğa ilişkin çeşitli çözüm önerileri getirmiştir. Almanya’da ayrı bir ilaç kanunu yapılmış (Alman İlaç Kanunu= AMG) ve hatalı üretilen ilaçtan doğan sorumluluğa dair düzenlemeler (§ 84-§ 94a) bu kanunun içinde yer alırken, Türk hukukunda konu ürün sorumluluğu ve üreticinin sorumluluğu çerçevesinde ele alınmıştır. Ancak bir takım özel hâllerde, sorumluluğun belirlenmesi ve sorumluluğun yönetileceği kişi hususunda sorunlar ortaya çıkmış, bunun neticesinde gerek Alman hukukunda gerekse Türk hukukunda söz konusu olaylarda uygulanacak hükümlerin tespiti tartışılmalı birer nokta olarak kalmıştır. Bu özel durumlara ilişkin tartışmalar bilhassa, etkisiz ilaçlar (*wirkungslose Arzneimittel*), beklenmeyen yan etki (*unerwartete Nebenwirkung*), karşılıklı etkileşim (*Wechselwirkung*) ve endikasyon dışı ilaç kullanımı (*Off- Label – Use*) hususunda yoğunlaşmıştır. Yukarıda bahsedilen her bir olay açısından ilacı kullanan bakımından bir zarar meydana geldiği muhakkaktır. Nitekim etkisiz ilaç kullanımında, hastanın tedavi süreci uzamakta, beklenmeyen yan etki ve karşılıklı etkileşimde ise gelişim hatası söz konusu olmakta ve tıp bilimi ile tıp tekniğinin ulaştığı noktada beklenmeyen yan etkinin ve karşılıklı etkileşimin tespitinin mümkün olması hâlinde sorumluluk doğacaktır. Endikasyon dışı ilaç kullanımında ise, ruhsatlandırılmış olan ilacın, kullanım alanı dışında tatbiki mevcut olduğundan, tedavi özgürlüğü çerçevesinde ilacın kullanılmasını tavsiye eden veya talep eden hekimin sorumluluğundan bahsedilecektir.

Anahtar Sözcükler: İlaç hukuku, hatalı ilaç, sorumluluk, etkisiz ilaç, beklenmeyen yan etki, karşılıklı etkileşim, endikasyon dışı ilaç kullanımı.

LIABILITY OF DEFECTIVE PHARMACEUTICAL PRODUCTS AND SPECIAL LIABILITY REGIMES UNDER TURKISH AND GERMAN PHARMACEUTICAL LAW

ABSTRACT

Throughout the centuries, for protection their health or for recovery, mankind has used drugs. Especially in the 20th century, the rapid development in pharmaceutical

* Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

industry has brought the drug product liability issues. As a result of Contergan disaster in Germany, legal solutions related to defective products have been suggested. In Germany, Medicinal Products Act (“ The Drug Law”) that regulates the liability related to defective products (§ 84-§ 94a) was enacted whereas according to Turkish Law the same subject is dealt with liability for defective products and liability of manufacturers. However, under special circumstances due to difficulty in detecting liability and the tortfeasor, both in Germany and Turkey the application of the provisions constitutes a controversial issue. The dispute is mostly related to ineffective pharmaceutical products, unexpected side effects, drug interaction and off-label use of drugs. It is obvious that each of the abovementioned problems cause damages. As a matter of fact the usage of ineffective pharmaceutical products increases the length of recovery period, unexpected side effects and drug interaction causes development defect, which triggers the liability mechanism when it is possible to detect with the assistance of the developments in technology and medical science. Because of the fact that licensed drugs can be used other than its main usage, by depending on freedom of drug usage people or doctors who give advice for the drugs can be held legally responsible in case of off-label use of drugs.

Keywords: Pharmaceutical Law, Defective Pharmaceutical Products, Liability, Ineffective Pharmaceutical Products, Unexpected Side Effects, Drug Interaction, Off-Label Use of Drugs

I. GİRİŞ

Hatalı üretilen ilaçtan doğan sorumluluk ve özel sorumluluk hâllerinden bahsedilebilmesi için öncelikle ilacın tanımı yapılmalıdır, çünkü ilaç bu durumlarda sorumluluğun objesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü ilacı “*fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, alanın yararı için değiştirmek veya incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün*” olarak tanımlamaktadır¹.

Alman İlaç Kanunu² § 2 ise ilaçları, insanların veya hayvanların vücudunda kullanılmak üzere, insan ve hayvan hastalıklarını ya da hastalığa bağlı ağrıları tedavi edici, hafifletici veya önleyici ya da insanların veya hayvanların vücuduna uygulanan veya insanlara ya da hayvanlara verilen ya fizyolojik fonksiyonları farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki aracılığıyla iyileştiren, onaran veya etkileyen ya da tıbbi teşhis tayini için özgülümlenmiş maddeler ile maddelerden oluşmuş

¹ **Aycan, Mükerrerem, Betül:** “*İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı*”, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri, s.1.

² Alman İlaç Kanunu’nun yapmış olduğu tanımda, ilaç kavramı hem teşhis edici hem de tedavi edici ve önleyici madde olma özelliklerini barındırmaktadır. Bkz. **Deutsch,, Erwin/Spickhoff, Andreas:** Medizinrecht, 6. Bası, Berlin 2008, Rn. 1189.

müstahzarlar şeklinde ifade etmiştir. Kanun aynı zamanda besin maddeleri, kozmetik maddeler, tütün mamulleri, hayvanlar için üretilen kozmetik maddeler, hayvan besinleri, tıbbî cihaz ve tıbbî cihaz parçaları ile organların ilaç olarak kabul edilemeyeceğini düzenlemiştir³.

Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda ilaca ilişkin özel bir kanun bulunmadığından, ilacın tanımı kanun ya da çeşitli yönetmeliklerde yapılmıştır. İspençiyari ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu⁴, ilacı “*kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fennî kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususî bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar*” olarak tanımlamıştır. İlgili kanun ve yönetmelikler göz önünde bulundurularak, Türk hukukunda ilacın tanımı, bir hastalığı tedavi etmek ya da hastalıktan korumak, tıbbî bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanabilen bakanlıkça ruhsatlandırılmış her türlü madde veya maddeler bileşimi şeklinde yapılabilir.

II. Türk ve Alman Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk ve Alman hukukunda ilaç üreticisinin sorumluluğunda sözleşmeye dayalı sorumluluk kabul edilmemiştir. Federal Almanya Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu “*Tavuk vebası*”⁵ kararında üreticinin sorumluluğunda ileri sürülen tüm sözleşme sorumluluğu ve sözleşme benzeri sorumluluklar açıkça reddedilmiştir. Bahsi geçen kararda tavuk çiftliği sahibi davacı, hayvanlarını tavuk vebasına karşı aşlamak istemiş, veterinerin, yapmış

³ Alman İlaç Kanunu § 2 3. Fıkra, sekiz ürün grubu saymış ve bunların ilaç sayılmayacağını belirtmiştir. Bkz. **Deutsch/Spickhoff, Rn. 1213.**

⁴ RG: 26.05.1928, Sayı:898. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik (RG: 13.04.2013, Sayı: 28617) md.4/1-p’ye göre ilaç, hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonu şeklinde tanımlanmıştır. İlaçların Güvenliği Hakkında Yönetmeliğe (RG: 15.04.2014, Sayı: 28973) göre ise ilaç, insanlarda bir hastalığı teşhis etme, tedavi etme ya da önleme özelliğine sahip olduğu belirtilerek sunulan ya da farmakolojik, immünolojik ya da metabolik bir etki yoluyla bir fizyolojik fonksiyonu eski haline döndürmek, düzeltmek, değiştirmek amacıyla insanlarda kullanılan madde veya maddeler kombinasyonunu ifade etmektedir.

⁵ BGH, Urt. v. 26.11.1968- VI ZR 212/66.

olduğu ayıplı aşı sonucu dört bin tavuk telef olmuş, 100 tavuk ise itlaf edilmiştir⁶. Nihayetinde Federal Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonucu, üreticinin sözleşmeye dayalı sorumluluğunu reddetmiş ve bu sorumluluğun haksız fiil hükümlerine göre kurulması gerektiğini belirtmiştir⁷. Söz konusu karar, ürün sorumluluğu açısından bir milat olmuş ve bu kararlar birlikte taraflar arasında haksız fiilden kaynaklı bir borç ilişkisi doğduğu kabul edilmiştir. Zira ilaç üreticisi ile ilacı kullanan kişi arasında bir sözleşme ilişkisi ya da sözleşme ilişkisi benzeri bir ilişki meydana gelmemektedir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bazı istisnaî hâllerde eczacılar tarafından hazırlanan ilaçlarda eczacı ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi meydana geldiğinden bu hallerde sözleşme sorumluluğuna başvurmak mümkün olabilecektir⁸.

Alman hukukunda ilaçtan doğan sorumluluk, Alman İlaç kanunu, Alman Medenî Kanunu, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu veya Alman Genteknik yasasından kaynaklanabilir. Ürün Sorumluluğu Kanunu ve Genteknik Kanunu, kendi içinde özel şartlar barındırdığından ve uygulama alanı yasada belirlendiğinden, bir tarafa bırakılırsa, zarar gören tazminat talebi hakkını Alman Medeni Kanunu § 823'de düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna (kusur sorumluluğu) dayandırabileceği gibi, şartları sağlaması hâlinde Alman İlaç Kanunu'nda düzenlenen tehlike sorumluluğu hükmüne de dayandırabilir. Ancak konunun sınırlandırılması açısından sadece Alman İlaç Kanunu'ndaki düzenlemeden bahsedilecektir.

Alman hukukunda hatalı üretilen ilaçtan doğan sorumluluğun incelenebilmesi için, Almanya'da ilaç hukukunun tarihî gelişimi üzerinde durmak gerekmektedir. İlk olarak 1961 tarihli Alman İlaç Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1961 tarihli kanun, ilaçların etki ve denenmesine ilişkin herhangi bir yükümlülük ve sorumluluk öngörmemiş, sadece tescile ilişkin düzenlemelere yer vermiştir⁹. Bu nedenle kanunun

⁶ BGH, NJW 1969, s. 269-270.

⁷ BGH, NJW 1969, s. 273.

⁸ **Voit, Wolfgang**: Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), Handbuch des Pharmarechts, § 13 Rn.1, München, 2010; **Brock, Ina/Stoll, Veit**: Kügel,Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, § 91 Rn. 4, 2. Bası, München, 2016.

⁹ **Blasius, Helga/Müller-Römer, Dietrich/ Fischer, Jürgen**: Arzneimittel und Recht in Deutschland, Stuttgart 1998, s.23; **Dieners, Peter/ Heil, Maria**: Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), Handbuch des Pharmarechts, § 1 Rn.19; **Fleischfresser, Andreas/**

yürürlükte bulunduğu dönemlerde, sorumluluk genel hükümlere göre ihdas edilmekteydi. Ancak 1953-1956 yılları arasında Batı Almanya'da geliştirilen ve gebelik döneminde anne adaylarına ve cenine herhangi bir zarar vermediği belirtilerek tanıtımı yapılan Thalidomid etken maddeli Contergan adlı ilacın, yeterli denemeleri yapılmamış ve piyasaya sürülmüştür. İlacın kullanımına bağlı olarak, düşük ve engelli doğum sayısında öngörülemeyen bir artış yaşanmış ve 10.000'den fazla bebek *phocomelia* sendromlu olarak doğmuştur¹⁰. Yaşanan felâket üzerine Almanya, Contergan skandalından muzdarip çocukların zararlarını karşılamak için önlemler almış ve ilaç mevzuatında değişikliklere gitmiştir. 1964 yılında yapılan değişikliklerle, klinik öncesi ve sonrası çalışmalarla ilacın denetlenmesi yükümlülüğü getirilmiş ve üreticiden yeterli denemeleri yaptığına dair yazılı bir belge alınması öngörülmüş olmakla birlikte, bu değişikliklerde de hatalı üretilen ilaçlardan dolayı sorumluluğa ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir¹¹. Nihayetinde 1976 tarihli Alman İlaç Kanunu ile ilaç hukukunda ciddi bir reform yapılmış ve ilaç üreticisi teşebbüsün sorumluluğuna ilişkin hükümler getirilmiştir¹².

Alman İlaç Kanunu § 84 ve devamı hükümlerinde, ilaç üreticisi teşebbüsün sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk hâli olarak

Fuhrmann, Stefan: Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, 2. Bası, Baden-Baden 2014, § 1Rn.2; **Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter/ Ratzel, Rudolf/ Anker, Kerstin/ Tag, Brigitte/Koyuncu, Adem:** Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Edt.), Kommentar zum Arzneimittelgesetz, 3. Bası, Heidelberg 2011, Einleitung Rn. 5.

¹⁰ **Beyer, Christian:** Grenzen der Arzneimittelhaftung dargestellt am Beispiel des Contergan-Falles, München 1989, s. 3.4.

¹¹ **Fleischfresser, Andreas/ Fuhrmann, Stefan:** Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 1Rn.5; **Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter:** Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, Einführung Rn. 10.

¹² **Dieners, Peter/ Heil, Maria:** Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), Handbuch des Pharmarechts, § 1 Rn.24; **Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter:** Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, Einführung Rn. 14; **Rehmann, Wolfgang:** Arzneimittelgesetz Kommentar, 4. Bası, München 2014, Einführung Rn.6; **Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter/ Ratzel, Rudolf/ Anker, Kerstin/ Tag, Brigitte/Koyuncu, Adem:** Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Edt.), Kommentar zum Arzneimittelgesetz, Einleitung Rn. 10.

nitelendirilmiştir¹³. § 84'e göre sorumluluğun doğabilmesi için ruhsat verilmiş bir ilaç kullanılmalı, zarar meydana gelmeli ve zarar ile ilaç kullanımı arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁴. Hükme göre sorumluluğun süjesi ilaç üreticisi teşebbüstür (*pharmazeutische Unternehmer*)¹⁵. İlaç üreticisi teşebbüsün sorumluluğunun var olması için, özellikle ilacın kullanımından ne anlaşılması gerektiği büyük önem taşır. Buna göre sorumluluk, sadece amacına uygun kullanılmış bir ilacın tıp biliminin bilgi ve bulgularına göre kabul edilebilir ölçüyü aşması hâlinde ya da zararın, ilacın tıp biliminin bilgi ve bulgularına uygun olmayan şekilde markalanması, uzmanlık bilgisinin ya da kullanım bilgisinin gösterilmiş olması yüzünden ortaya çıkması halinde söz konusu olacaktır (§ 84 I 2, Nr.1-2)¹⁶. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre somut olayın

¹³ **Dieners, Peter/ Heil, Maria:** Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), Handbuch des Pharmarechts, § 1 Rn.24; **Kügel,Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter:** Kügel,Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, Einführung Rn. 14; **Rehmann, Wolfgang:** Arzneimittelgesetz Kommentar, Einführung Rn.6; **Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter/ Ratzel, Rudolf/ Anker, Kerstin/ Tag, Brigitte/Koyuncu, Adem:** Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Edt.), Kommentar zum Arzneimittelgesetz, Einleitung Rn. 10.

¹⁴ **Göben, Meltem:** Arzneimittelhaftung und Gentechnikhaftung als Beispiele modernen Risikoausgleichs, Frankfurt am Main 1995, s. 65 vd; **Koyuncu, Adem:** das Haftungs-dreieck Pharmaunternehmen-Arzt-Patienten Verschulden und Mitverschulden bei der Haftung für Arzneimittelschäden, Heidelberg 2004, s. 52-53; **Voit, Wolfgang:** Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), Handbuch des Pharmarechts, § 13 Rn.7; **Brock, Ina/ Stoll, Veit:** Kügel,Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn. 3 vd.; **Rehmann, Wolfgang:** Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn.1 vd.; **Handorn, Boris,** : Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 27Rn.5-6.

¹⁵ **Göben,** s. 73; **Koyuncu,** s. 53-54; **Brock, Ina/ Stoll, Veit:** Kügel,Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn. 18 vd.; **Rehmann, Wolfgang:** Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn.2.; **Handorn, Boris,** : Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 27 Rn.8.

¹⁶ **Hager, Günter:** *Schäden infolge Unvereinbarkeit mehrerer Medikamente- Ein Beitrag zur Haftung für Instruktions- und Herstellungsfehler-*, VersR 1987, s. 1054; **Göben,** s. 77 vd.; **Koyuncu,** s. 54 vd.; **Handorn, Boris,** : Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 27 Rn.38-39; **Rehmann, Wolfgang:** Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn.5-6; **Brock, Ina/ Stoll, Veit:** Kügel,Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn. 64 vd; **Deutsch, Erwin:**

özellikleri göz önünde bulundurularak, kullanılan ilacın zarara neden olabilmesi söz konusu ise, zararın bu ilacın kullanımına bağlı olarak doğduğu varsayılır denerek, illiyet bağının ispatını kolaylaştırıcı bir kanunî karine getirilmiştir¹⁷. İlacın somut olayda zarar vermeye uygunluğu, ilacın bileşimine, kullanılan doza, amaca uygun kullanım tarz ve süresine, zaman bakımından zararın doğumuyla olan ilişkisine göre tespit edilir.

Görüldüğü üzere, Alman hukukunda yaşanan acı tecrübe sonucu ilaç hukukuna ilişkin yapılan özel bir düzenlemeyle, ilaç üreticisi teşebbüs, hatalı üretilen ilaçtan dolayı kusur aranmaksızın sorumlu tutulmuştur¹⁸. Ayrıca Almanya Ürün Sorumluluğu Yasa'sına (Produktaftungsgesetz) getirilen bir hükümle ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, Alman İlaç Kanunu'nun uygulama alanına giren konularda uygulanamayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir¹⁹.

Daha önce ifade ettiğimiz gibi, ürün sorumluluğuna ilişkin problemlerin çözümünde sözleşme veya sözleşme benzeri sorumluluk hükümleri reddedilmiştir. Bu nedenle konu haksız fiil sorumluluğu hükümlerince çözümlenmek istenmiş ve bu konuda Türk hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu noktada, Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak ilaç üreticisinin sorumluluğu için özel bir düzenlememe bulunmaması önemli bir rol oynamıştır. Konuyu incelerken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlük tarihini bir milat olarak kabul etmek kanaatimizce isabetli olacaktır. Zira 6098 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, Yargıtay ürün/üreticinin sorumluluğu hususunda kusur sorumluluğunun üzerinde durmuş ve sorumluluğun sözleşme dışı bir sorumluluk olduğunu belirtmiş, bu nedenle söz konusu

Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Edt.), Kommentar zum Arzneimittelgesetz, § 84 Rn. 12 vd.; **Deutsch/ Spickhoff**, Rn. 1490 vd.

¹⁷ **Spickhoff, Andreas**: Medizinrecht, München 2011, AMG § 84 Rn. 25; **Handorn, Boris**, : Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 27 Rn.25.

¹⁸ Söz konusu yasada sorumluluğa ilişkin bölümde ayrıca, bilgilendirilme istemi (§ 84a), birlikte kusur (§ 85), ölüm ve yaralanma durumlarında tazminat kapsamı (§ 86-87), azami tazminat tutarı (§ 88), zararın irat şeklinde ödenmesi (§ 89), sorumluluğu kaldıran ya da sınırlayan sözleşmelerin geçersizliği (§ 92) ve sigortaya ilişkin hükümler bulunmaktadır.

¹⁹ **Jenke, Nina**: Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte, Berlin 2003, s. 126; **Göben**, s. 105; **Koyuncu**, s. 74.

problemin çözümünde Borçlar Kanunu (BK) md. 41 ve devamı hükümlerinin uygulanabileceği yönünde karar vermiştir²⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu üreticinin sorumluluğu hakkında 1996 tarihinde verdiği bir kararında, kusur sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğini vurgulamış, ancak kararında imalât işinin çok komplike bir iş olması nedeniyle, zarar görenin bazı hususları ispatlamasının imkânsız olması nedeniyle, fiilî karinenin ispat yerine geçmesi gerektiğini kabul etmiştir²¹. Ancak Yargıtay ister fiilî karine olsun, ister ispat yükünün tersine çevrilmesi yöntemi olsun, nihayetinde sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak tasnif etmiştir. Bu durumda üretici imalât sırasında kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Böylece büyük bir endüstri olan ilaç sanayi ve ekonomik yönden güçlü olan ilaç şirketleri karşısında hastalar savunmasız ve korumasız bir durumla karşı karşıya kalacaktır. Bu nedenle ileri sürülen bir diğer görüşe göre BK md. 55 hükmü vasıtasıyla adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulmalı ve sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak tayin edilmelidir²². Zira bu görüşe göre, imal edilen ürünlerin yapımında meydana gelen hatalar üreticinin kusurundan değil, imalât sırasında faaliyet gösteren yardımcı kişilerin ihmallerinden kaynaklanmaktadır²³. Burada sorumluluk, bir kusursuz sorumluluk türü olarak, adam çalıştırmanın yükümlü olduğu objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğmaktadır²⁴. Görüşün taraftarları, ilaç üreticisinin sorumluluğunda da

²⁰ **Aydos, Oğuz Sadık**: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 95; **Havutçu, Ayşe**: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s.57; **Kırca, Çiğdem**: Ürün Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Ankara 2007, s. 85; **Burcuoğlu, Haluk/ Akçura Karaman Tuba**: *Türk Hukukunda Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk Üzerine Bazı Açıklamalar*, İsviçre Medeni Kanunu'nun İktibasının 80. Yıldönümü (İstanbul 19 Nisan 2006), İstanbul 2006, s. 58; **Yıldırım, Fadıl M.**: *Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu*, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri, s.34.; **Göben**, s. 108.

²¹ Yarg. HGK 27.11.1996, E. 1996/4-588, K. 1996/831.

²² **Başpınar, Veyssel**: *İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu*, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri, s. 93; **Kaplan, İbrahim**: *Türk ve İsviçre Hukukunda İmalâtçının Sorumluluğu*, Adalet Dergisi 1977, s. 93. **Petek, Hasan**: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 87; **Havutçu**, s.52; **Göben**, s. 115.

²³ **Akçura Karaman, Tuba**: Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 101; **Başpınar**, s. 93.

²⁴ **Akçura Karaman**, s. 101; **Başpınar**, s. 93.

uygulanmasının mümkün olabileceğini, çünkü adam çalıştıran üreticinin, zararın doğmasını engellemek için gerekli tüm önlemleri alma zorunluluğu bulunması nedeniyle hukukî sorunun çözümünün sağlanabileceğini belirtmişlerdir²⁵. Ancak söz konusu hükmün, özellikle fabrikasyon hatalarında -ki ilaç sanayinde fabrikasyon hatalarının büyük kısmı makineler tarafından yapılmaktadır- sorunu çözmekte yetersiz olduğu açıktır. Nitekim fabrikasyon hatalarında, aslında işletme sahibinin organizasyon eksikliğinden kaynaklı bir hata meydana gelmektedir. Her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğu bulunduğu dair kararlar vermekteydiyse de, Türk yargı kararlarında bu yönde bir eğilim bulunmamaktaydı²⁶. Ancak 6098 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, TBK md. 66/III hükmü ile organizasyon sorumluluğuna yer vererek, sorumluluğu objektif özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesini sağlamıştır. Doktrinde üreticinin sorumluluğunun, bu hükümle birlikte adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında düzenlendiği yönünde bir görüş bulunmaktadır²⁷. Kanaatimizce 818 sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde, sorumluluk bu hükme göre ihdas edilmelidir. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu karar yerindedir ve sorunun çözümü için uygulanabilir niteliktedir.

İleri sürülen son görüş ise, 6098 sayılı Kanun ile TBK md. 71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu hükmünün, ilaç üreticisinin sorumluluğunda uygulanabileceği yönündedir. İsviçre ve Almanya uygulamasında tehlike sorumluluğuna ilişkin birçok özel kanun bulunmaktadır²⁸. Buna karşın hukukumuzda yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesi uygun görülmüş ve genel bir tehlike sorumluluğu

²⁵ Kaplan, s. 93.

²⁶ BGE 90 II 90.

²⁷ Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, 2. Bası, s. 571.

²⁸ TBK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu 70. Madde gerekçesinde “*Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesi uygun görülmüştür*” ifadesi yer almaktadır. Bkz.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf> (ET: 15.12.2015); Antalya, s. 656.

hükmü düzenlenmiştir²⁹. İlgili hükme göre sorumluluğun doğabilmesi için, önemli ölçüde tehlike yaratan bir işletme olmalı ve işletme faaliyetinden kaynaklı bir zarar doğmalıdır. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmeden bahsedilebilmesi ise, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesine rağmen tehlikenin önlenemez olması ve faaliyetin sıkça ve ağır zarar doğurmaya elverişli olması hâlidir. Bu görüş taraftarlarınca, ilaç üretici açısından ise, ilaç üretim faaliyeti bu anlamda önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olarak kabul edilmektedir³⁰. Bunun doğal sonucu olarak, işletme faaliyetine bağlı olarak zarar meydana gelmesi hâlinde ise genel tehlike sorumluluğu hükmü uygulama alanı bulacaktır. Özellikle gelişim hataları gibi, üreticinin her zaman göz önünde bulundurması gerektiği, fakat tüketicinin dikkate almadığı tipik tehlike unsurları, bu hükümlerle birlikte sorumluluk kapsamı içerisine dâhil edilebilecektir. TBK md. 71. hükmü bağlamında ilaç üreticisinin sorumlu tutulabilmesi için, hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağının bulunması yeterli olacak ve piyasaya sürdüğü hatalı ilaçtan dolayı, ilacı kullanan kimselerin hukukten korunmaya değer menfaatlerinin ihlâli neticesinde ortaya çıkan zararlar tazmin edilecektir. Bu bağlamda ilaç üreticisinin sorumluluğunu kuran temel unsur ilacın hatalı olması ve hatalı üretilen ilacın kullanılmasından bir zarar meydana gelmiş olmasıdır.

İlacın hatalı olmasından anlaşılması gereken, ilacı kullananların vücut bütünlüğü değerleri için zarar tehlikesi yaratan, ilacın güvenliğini etkileyen eksikliklerdir. Bu hatalar, yapım- tasarım hatası³¹, fabrikasyon

²⁹ **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015, s. 504; **Antalya,** s. 656.

³⁰ **Petek,** s. 97; **Üçışık, Güzin:** *Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, s. 128; **Çelik, Ahmet:** *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme İşletme Tehlikeleri ve Tehlike Sorumluluğu*, İstanbul 2011, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-celikahmetcelik-57.htm&query=%22tehlike%20sorumlulu%F0u%22#fm> (ET 15.12.2015)

³¹ Yapım- tasarım hatası, ilacın henüz ön üretim safhasında veya yapımında, ilacın planlanmasının ve tasarımının, üretim zamanındaki bilimsel ve teknik verilere uyulmaması halinde söz konusudur. Bkz. **Nart, Serdar:** Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu, Nisan 2014, s. 64; **Hakeri, Hakan:** İlaç Hukuku, Ankara 2015, s. 121; **Aydos,** s. 168-171; **Kırca,** s. 151.

hatası³², uyarma hatası³³, gelişim hatası³⁴ veya ürün gözleme hatası³⁵ şeklinde ortaya çıkabilir.

İkinci olarak talimata uygun olarak kullanılan hatalı ilacın, uygun illiyet bağının bulunması koşuluyla bir zarara sebebiyet vermesidir. Bu şartın doğal bir sonucu olarak, ilaç hatalı olarak üretilmiş olsa bile, eğer kullananlar bakımından bir zarar meydana getirmemişse, üreticinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Zarar, ilacın kullanımına bağlı olarak hemen meydana gelebileceği gibi, söz konusu etki yıllar sonra dahi meydana gelebilir³⁶. İlacın kullanılması sonucu, kişinin vücut tamlığında zarar ortaya çıkabileceği gibi, sağlığı da bozulabilir. Ancak günümüzde ilaçların tamamında, kullanıma bağlı yan etkiler bulunmaktadır ve ilacın talimata uygun kullanımına rağmen bu yan etkiler zarara neden olabilir. Bu durumlarda ilaç üreticisini sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır³⁷.

İlaç üreticisi tarafından tazmin edilecek zararın ağırlığının belirlenmesinde, tıp bilimi ve tekniğinin durumu dikkate alınarak, ilacın menfaat ve risk dengesi gözetilerek bir değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁸.

³² Fabrikasyon hatası, seri üretim sürecinde işletme organizasyonunda meydana gelen bir aksaklık neticesinde seri hâlde üretilen ilaçların bir bölümünün hatalı olmasını ifade eder. Bkz. **Nart**, s.65; **Hakeri**, s. 124; **Aydos**, s. 172; **Kırca**, s. 150.

³³ Uyarma hatası, ilacın nasıl kullanacağı, yan etkileri, çapraz etkileşimleri ve benzeri konularda hastaya hiç ya da gereği gibi bilgi verilmemesinde ortaya çıkar. Bkz. **Nart**, s.67; **Hakeri**, s. 126; **Aydos**, s. 168; **Kırca**, s. 151.

³⁴ Gelişim hatasında ilaç mevcut bilim ve tekniğin verilerine uygun olarak üretilmekte, ancak bilim ve tekniğin gelişmesi sonucu tehlikeler belirlenebilmektedir. Bkz. **Nart**, s. 74; **Göben**, s. 107; **Havutçu**, s. 30; **Jenke**, s. 49; **Akçura Karaman** s. 200; **Petek**, s. 200.

³⁵ İlaç üreticisi teşebbüsün, ilacı piyasaya sürdükten sonra, ilaçla ilgili gelişmeleri takip etme yükümlülüğüne aykırı davranması hâlinde ürün gözleme hatası meydana gelir. Bkz. **Borer, Peter**: Produktheftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europäischem Recht, Bern 1986, s. 58; **Nart**, s. 75.

³⁶ Ancak, zararın yıllar sonra meydana gelmesi halinde ispat problemlerinin de söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir.

³⁷ **Nart**, s. 79-80; **Hakeri**, s. 151.

³⁸ Her ilaç üretimi sırasında farmakolojik ve toksikolojik testlerden geçmekle birlikte, nihayetinde bir hastalığın tedavisinde kullanılırken, en azından önlenemeyen yan etkileri de barındırmaktadır. İşte bu zarar ile ilaçtan elde edilecek menfaatin değerlendirilmesi gerekmektedir. Elde edilecek menfaat ne kadar çok ise, mazur görülebilecek risklerde o kadar çoktur. Bu anlamda hayatı açısından gerekli olan bir ilacın, ikamesi de bulunmadığı hâllerde, yine önemli riskler göz ardı edilebilir. Bkz. **Sieger, Jürgen**: Probleme der Nutzen-Risiko- Abwägung des § 84 AMG, VersR 1989, s. 1014; **Petek**, s.82-83.

Hatalı bir ilacın kullanılması neticesinde ilaç üreticisine sorumluluk izafe edilebilmesi için, ilacın kullanımı ile zarar arasında uygun illiyet bağı³⁹ bulunmalıdır. Uygun illiyet bağı, tıp biliminde de kabul edilebilir olmalıdır⁴⁰.

Kanaatimizce yürürlükte bulunan hukuk açısından, ilaç üreticisinin sorumluluğunda TBK md. 71 hükmü uygulanmalıdır, ancak olması gereken hukuk bakımından, ivedilikle Türkiye’de ilaç hukukuna ilişkin bir yasal düzenleme yapılmalı ve üreticinin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğuna ilişkin kural koyulmalıdır. Bugüne kadar Türkiye’de böyle bir yasal düzenlemenin olmamasının sebebi, Almanya’nın yaşamış olduğu acı tecrübeyi yaşamamış olmasıdır. Bu nedenle böyle bir acı tecrübe yaşanmadan, ilaca ilişkin mevzuat gözden geçirilmeli ve gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

III. İLAÇ HUKUKUNDA ÖZEL SORUMLULUK HÂLLERİ

Hatalı üretilen ilaçlardan doğan sorumluluk kapsamında durum yukarıda ifade edildiği şekilde olmakla birlikte, bazı özel durumların varlığında sorumluluğun hukukî niteliğinin belirlenmesi ve kime karşı izafe edileceği hususlar tartışmalıdır. Bu durumlar özellikle etkisiz ilaçlar, beklenmeyen yan etki, çapraz etkileşim ve endikasyon dışı ilaç kullanımı başlıkları altında toplanabilir.

A. Etkisiz İlaçlar

Hatalı bir ilaçtan doğan sorumluluktan bahsedilebilmesi için, söz konusu ilacın talimatlara uygun kullanılmasına rağmen bir zarar doğması gerekmektedir. Ancak burada sorulması gereken soru şudur: İlaç üreticisi, aynı şekilde, ilaca dâhil edilen etken maddenin ruhsata konu olan hastalıkları tedavi etmek için etkisiz olması hâli ya da prospektüste önerilen kullanım dozajının hastalığı tedavi için yetersiz kalmasından dolayı sorumlu tutulabilir mi?

Alman hukukunda ilaç üreticisinin sorumluluğunu bir tehlike sorumluluğu olarak düzenleyen § 84 hükmü doktrindeki baskın görüşe göre etkisiz ilaçlarda uygulanamaz⁴¹. Zira burada, sorumluluğun

³⁹ Başpınar, s. 104; Nart, s. 81; Hakeri, s. 152; Petek, s. 256; Göben, s. 72.

⁴⁰ Nart, Serdar, s. 81.

⁴¹ Brock, Ina/ Stoll, Veit: Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn. 77- § 91 Rn. 2; Rehmann, Wolfgang, § 84 Rn. 5; Spickhoff, AMG § 84 Rn, 19; Voit, Wolfgang: Dieners, Peter/ Reese, Ulrich

kurulmasında temel unsurlardan biri olan ilacın zarar verici etkisi bulunmamaktadır. Her ne kadar etkisiz ilaç kullanımına bağlı olarak hastanın iyileşme süreci olumsuz etkilenmekte ya da önerilen dozun eksik veya yetersiz olması sonucu hastalık ilaca karşı direnç kazanmaktaysa da, doğrudan ilacın kullanımı sonucu meydana gelen bir zarardan bahsedilememektedir⁴². Bu nedenle Alman hukuk öğretisinde, etkisiz ilaçlardan doğan zararlardan dolayı garanti sorumluluğu, Ürün Sorumluluğu Kanununun sorumluluğa ilişkin hükümlerinin uygulanması ya da kusur sorumluluğuna ilişkin § 823 BGB hükmünün uygulanması önerilmiştir. Kanaatimizce Alman hukuku bakımından etkisiz ilaçların yol açtığı zararların tazmini sorununda § 823 BGB hükmünün uygulanması isabetli olacaktır.

Türk hukukunda ise, daha önce ifade ettiğimiz gibi, ilaç üreticisinin sorumluluğuna dair özel bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenle sorunun çözümünü genel hükümlerde aramak gerekmektedir. İlk olarak ilaç üreticisinin, hatalı üretilen ilaçtan doğan sorumluluğunda uygulanmasını önerdiğimiz tehlike sorumluluğu (TBK md. 71) hükmünün etkisiz ilaçlar bakımından uygulanması mümkün olmamaktadır. Zira tehlike sorumluluğundan bahsedilebilmesi için tehlikede tipiklik unsurunun bulunması gerekmektedir. Oysaki etkisizlik durumlarında, ilaç gerekli özellikleri taşımadığından dolayı, tipik tehlikenin gerçekleşmesinden de bahsedilemeyecektir. İkinci olarak organizasyon sorumluluğuna ilişkin TBK md. 66/III hükmünün uygulanmasının mümkün olup olmayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. TBK md. 66/III hükmünün uygulanabilmesi için işletme faaliyetinden bir zarar doğması gerekmektedir. Burada çalışan, işletmenin faaliyetinde çalışma düzeni içinde kendisine verilen iş ile söz konusu işletmenin faaliyetinden meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bir bağ olması gerekir⁴³. Ancak etkisiz ilaçlarda, meydana gelen zararda bu anlamda bir fonksiyonel bağ bulunmamaktadır. Kanaatimizce, etkisiz ilaçlarda, TBK md. 49 hükmü uygulanmalıdır. Ancak kusur sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, hasta tarafından güvenilerek kullanılan etkisiz ilacın, başka bir ilaç

(Edt), Handbuch des Pharmarechts, § 13 Rn.43; **Deutsch, Erwin**: Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Edt.), Kommentar zum Arzneimittelgesetz, § 84 Rn. 20.

⁴² **Brock, Ina/ Stoll, Veit**: Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, § 84 Rn. 77.

⁴³ **Antalya**, s. 570; **Eren**, s. 629.

kullanılarak hastanın durumunu iyileştirmesi veya hafifletmesi gerekmektedir⁴⁴. Ayrıca hasta, mevcut başka bir etkili ilacı kullanması hâlinde hastalığının tedavi edilebileceğini ve bunu kullanması hâlinde sağlığına kavuşabileceğini ispat etmelidir⁴⁵.

B. Beklenmeyen Yan Etki

Yan etki, ilacın kullanımına bağlı olarak gerçekleşen, istenmeyen ve zararlı reaksiyon şeklinde tanımlanabilir⁴⁶. Her ilaçta, ilaç kullanımına bağlı olarak yan etki görülmesi mümkündür. Burada önemli olan, ilaçtan beklenen yararın, kabul edilebilir yan etkilerinden fazla olmasıdır. İlaçta görülmesi muhtemel yan etkiler çok sık ve çok nadir arasında olmak üzere derecelendirilir ve prospektüste yer alır. Ancak üretici, ilacı piyasaya sürerken, yan etkileri konusunda yeterince uyarı yapmamışsa, sakıncaları ve kullanıma bağlı gerçekleşecek vücutta gerçekleşecek reaksiyonlardan bahsedilmemişse, bu takdirde uyarı hatasının varlığı kabul edilir ve sorumluluk hem Türk hem de Alman hukukunda tehlike sorumluluğu esasına göre ihdas edilir. Fakat ilacın üretim aşamasında bilim ve teknolojinin mevcut durumu ve yapılan testler sonucunda, ilaç piyasaya sürüldüğünde bazı yan etkilerin ortaya çıkarılabilmesi mümkün olmayabilir⁴⁷. Ancak bilim ve teknolojinin hızlı bir gelişim seyretmesi sonucu, ilaç piyasaya sürüldükten sonra bu yan etkiler tespit edilebilir veya M- 29 adlı ilaçta olduğu gibi ilacı kullanan hastaların şikâyeti üzerine ortaya çıkabilir⁴⁸. Bu durumda, ilaç üretildiği sırada hatalı olmakla birlikte, hatanın varlığı mevcut bilim teknik düzeyinde ortaya çıkmamakta, ancak daha sonra tespit edilebilmektedir. Beklenmeyen yan etkilerde de, esasen bu anlamda bir gelişim hatası söz konusudur. Almanya, Contergan trajedisinin açmış olduğu yaralardan dolayı gelişim hatalarından dolayı üreticiyi AMG § 84 kapsamında sorumlu tutmaktadır⁴⁹. Ancak gerek ürün sorumluluğuna

⁴⁴ **Funke, Christian**: Die Arzneimittelhaftung des pharmazeutischen Unternehmers-Entwicklung und Reformen, Halle 2001, s.15, **Hakeri**, s. 140; **Deutsch/ Spickhoff**, Rn. 1518.

⁴⁵ **Hakeri**, s. 140.

⁴⁶ **Nart**, s. 23; **Hakeri**, s. 23; **Koyuncu, Adem**: Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Edt.), Kommentar zum Arzneimittelgesetz, § 4 Rn. 47.

⁴⁷ **Petek**, s. 200-201.

⁴⁸ **Borer**, s. 75; **Akçura Karaman**, s. 200; **Jenke**, s. 340-341.

⁴⁹ **Berezowsky, Isabelle**: Ansprüche des Arzneimittelgeschädigten gegen den pharmazeutischen Unternehmer nach §§84, 84a AMG, Aachen 2006, s. 81; **Handorn, Boris**, : Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 27 Rn.53; **Jenke**, s 49; **Göben**, s. 83.

ilişkin Avrupa Birliği Yönergesi gerekse diğer Kara Avrupası ülkelerinde Contergan çapında bir skandal yaşanmaması sebebiyle gelişim hatalarında herhangi bir sorumluluk öngörülmemiştir⁵⁰. Zira burada üreticinin, mevcut bilim ve teknik düzeyi göz önüne alarak ürünü piyasaya sürmesi gerektiği konusu üzerinde durulmuş, gelişim tehlikelerinin öngörülemeyen nitelikte olmasından dolayı üreticiye herhangi bir kusur yüklenemeyeceği ifade edilmiştir⁵¹. Fakat bu görüşün kabulü, ekonomik anlamda büyük bir güç sahibi olan ilaç üreticisi teşebbüsler karşısında, ilacı kullanan kişileri korumasız bırakacaktır. Bu bağlamda, kanaatimizce Türk hukuku bakımından ürün sorumluluğuna ilişkin sorunların çözümünde TBK md. 71 hükmünün uygulanmasıyla birlikte, beklenmeyen yan etkilerden kaynaklı zararların tazmini de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

C. İlaç Etkileşimi (*Wechselwirkung*)

Bir ilacın içerdiği etken maddenin, aynı anda kullanılan bir başka ilacın etken maddesi ya da gıda maddesi ile girdiği istenmeyen etkileşime ilaç etkileşimi denir⁵². İlaç etkileşimi hâlinde, söz konusu ilaçtan beklenen etki azalabilir, ortadan kalkabilir, artabilir veya farklı yan etkilerin görülmesine neden olabilir⁵³. Bu nedenle ilacın, klinik araştırma safhasında diğer ilaçlarla veya gıda maddeleriyle etkileşimi incelenmeli ve tespit edilenler prospektüste açıkça yer almalıdır. Hem Türk hem de Alman hukuku açısından eğer ilaç etkileşimi tespit edilmiş, ancak prospektüste gösterilmemişse, bu durumda uyarı hatası söz konusu olmaktadır. Alman hukukunda uyarı hatalarından dolayı, ilaç üreticisi teşebbüs AMG § 84 kapsamında tehlike sorumluluğu esasına göre, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Türk hukuku bakımından da, sorumluluk TBK md. 71'de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu hükmüne göre kurulacaktır.

⁵⁰ Petek, s. 204.

⁵¹ Akçura Karaman s. 200; Nart, s. 74; Petek, s. 204.

⁵² Vogel, Daniel: Die Produkthaftung des Arzneimittelherstellers nach schweizerischem und deutschem Recht, Zürich 1991, s. 123; Handorn, Boris, : Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 27 Rn.67; Jenke, s. 77; Nart, s. 24.

⁵³ Örneğin greyfurt suyu ile birlikte antihistaminiklerin ya da tansiyon ilaçlarının alınması hâlinde tehlikeli sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Kanada Tıp Birliği Yayın Organı'nda yayımlanan araştırmaya göre, Lawson Sağlık Araştırmaları Enstitüsü'nde görevli ekip, 2008'de greyfurtla birlikte alındığında tehlike yaratan ilaç sayısı 17 iken, 2012'de bu sayı 43'e çıkmıştır. Aynı şekilde doğum kontrol hapının, antibiyotikle kullanımı sonucu etkisini yitirdiği belirlenmiştir; OLG Frankfurt NJW1993, 2388.

İlaç etkileşiminde, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, aynı beklenmeyen yan etkiler de olduğu gibi tıp bilimi ve tekniğin ulaştığı nokta, ilaç piyasaya sürüldüğünde tespit edilemiyor, ancak daha sonra bilim ve tekniğin ulaştığı düzeyle birlikte anlaşılabilir, bu takdirde gelişim hatasından bahsedilebilir. Alman İlaç Kanunu § 84 ilaç üreticisi teşebbüsü gelişim hatalarından dolayı sorumlu tutmuştur⁵⁴. Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından da, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, ilaç üreticisi teşebbüs gelişim hatalarından dolayı TBK md. 71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu hükmüne göre sorumlu tutulmalıdır⁵⁵.

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer husus, hekimin bilinen ilaç etkileşimlerinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesidir. Kural olarak, hekim tarafından gerçekleştirilen her tıbbî müdahale hukuka aykırıdır. Çünkü yapılan tıbbî müdahale, bir kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlâl oluşturmaktadır. Yapılan tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için, müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp bilimin kurallarına uygun yapılması ve hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerekmektedir. Bu iki şartın bir arada varlığı hâlinde, yapılan tıbbî müdahale hukuka uygun hâle gelecektir. Hiç şüphesiz ki, yapılacak olan tıbbî müdahale, müdahaleyi yapmaya yetkili kişi tarafından, tedavi maksadıyla ve mevcut tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılmalıdır. İkinci olarak, hastanın yapılacak tıbbî müdahale üzerinde serbestçe karar vermesini sağlayacak bir aydınlatma yapılarak, onun onamının alınması gerekliliğidir⁵⁶. Bu anlamda tıbbî müdahaleye onam verilmesinin ön şartı, ona gerekli ve yeterli aydınlatmanın yapılmasıdır. Hastanın aydınlatılması, muayene edildiğinde, elde edilen bulguların kendisine bildirilmesi, ona uygulanacak tedavinin ya da gerçekleştirilecek müdahalenin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler ve zararlı sonuçlar ile tedavi masrafları hakkında bilgilendirilmesini ifade eder. Genellikle tıbbî müdahalelerde

⁵⁴ **Berezowsky**, s. 81; **Handorn, Boris**, : Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, § 27 Rn.53; **Jenke**, s 49; **Göben**, s. 83.

⁵⁵ **Petek**, s. 204.

⁵⁶ Hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerekliliği ve hastanın kendi kaderini tayin hakkı T.C. Anayasası’nın 17.maddesinden kaynaklanmaktadır; **Hakeri, Hakan**: Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2009, s. 103.

yapılan aydınlatmalarda, örnek olarak cerrahi müdahaleler verilse de, esasen uygulamada daha sık karşılaşılan ilaç tedavisinde de aydınlatma yapılması gerekmektedir. Tıbbî müdahalede aydınlatma, tedavi aydınlatması⁵⁷, karar aydınlatması⁵⁸, risk aydınlatması⁵⁹ ve ekonomik aydınlatma⁶⁰ olmak üzere dört aşamadan oluşur. İlaç etkileşimi açısından önem arz eden aydınlatma, risk aydınlatmasıdır. Tıbbî müdahalede bulunacak hekim, müdahaleyi ilaç tedavisi ile gerçekleştirecekse, tedaviye ilişkin tipik riskler hakkında aydınlatmada bulunmalıdır. Bu bağlamda hekim, hastaya ilacın kontrendikasyonları, ilaç uyumsuzlukları, zararlı yan etkiler ile zararlı ilaç etkileşimleri hususunda açıklama yapmalıdır⁶¹. Hekim özellikle zararlı yan etkiler ile zararlı ilaç etkileşimlerinden kaynaklanabilecek riskler üzerinde durmalı ve ender dahi olsa meydana gelebilecek riskleri hastasına anlatmalıdır.

İlaç etkileşiminde, hekim tedavi aydınlatması kapsamında hastanın tedaviye uyumluluğunu teşvik etmeli ve önerilen tedavide kullanılacak ilacın etkisini azaltacak ya da ortadan kaldıracak bazı ilaç ya da maddelerin tüketilmemesi gerektiği izah edilmelidir⁶².

Her ne kadar ilacın piyasaya sürülmesi safhasında tespit edilen ilaç etkileşimleri, ilaçla birlikte verilen kullanma talimatında yazsa da, kullanma talimatı hekimin yapması gereken aydınlatmanın yerine geçmez. Zira hastanın, kullanma talimatını okumaması hâlinde, hastanın zarara uğraması söz konusu olabilir. Kaldı ki, hekim ile hasta arasında güvene dayalı kurulan hukukî ilişki neticesinde, hekim ve hasta tedaviye birlikte karar vermekte ve hastanın da tedaviye uygun olarak hareket etmesi

⁵⁷ Tedavi aydınlatması, hastanın rızasını almak amacıyla yapılan aydınlatmadır. Bkz, **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.109.

⁵⁸ Hastanın serbest ve kendi sorumluluğunun bilincinde karar vermesinin mümkün kılmak için yapılan aydınlatmadır. Bkz, **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.114.

⁵⁹ Hekimin gerekli özeni göstermesine veya müdahalenin hatasız yapılmasına rağmen tıbbî müdahale sonucunda meydana gelebilecek olası daimi veya geçici yan etkiler konusundaki bilgilerin aktarılmasıdır. Ayrıca hekimin bizzat müdahalenin doğrudan tehlikeleri dışında, ayrıca müdahalenin sonucu ortaya çıkabilecek riskler konusunda da hastayı aydınlatması risk aydınlatması kapsamına girmektedir. Bkz. **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.122.

⁶⁰ Hekimin hastasını alternatif yöntemler, masraflar ve bunların sigorta tarafından karşılanıp karşılanmadığı yönünden aydınlatması ekonomik aydınlatma olarak ifade edilir. Bkz. **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.132.

⁶¹ **Nart**, s. 164; **Hakeri**, s. 188.

⁶² **Nart**, s. 175.

beklenmektedir⁶³. Öte yandan hekimin aydınlatma yapmayarak, bu yükümlülüğü ilaç kullanma talimatına bırakması hâlinde, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayacak olan onamın alınması mümkün olmayacak ve kişinin kendi kaderini tayin hakkı zedeleneyecektir. Bu nedenle hekimin, tıbbî müdahaleye ilişkin aydınlatmasını bizzat, açık ve anlaşılır bir şekilde yapması gerekmektedir. Aksi takdirde hekimin hem risk hem de tedavi aydınlatmasını yapmaması hâlinde, yapılan tıbbî müdahale hukuka aykırı olacak ve bu müdahale neticesinde ortaya çıkan zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli, hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesine⁶⁴ aykırılık şeklinde cereyan etmişse, hekim TBK md. 112 hükmü uyarınca sorumlu tutulacaktır. Ancak hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı hâllerde, hekim üstlenmiş olduğu meslekî yükümlülüklerle aykırı davranması durumunda, TBK md. 49 uyarınca haksız fiilden dolayı sorumlu olacaktır. Fakat hekimin tazminat sorumluluğu kapsamında, tazminat miktarının tespitinde, sorumluluğun dayanağının sözleşme sorumluluğu veya haksız fiil sorumluluğu olması bakımından bir farklılık bulunmamaktadır⁶⁵. Çünkü TBK md. 114 hükmü gereğince haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.

D. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı (*Off- Label- Use*)

İlaç hukukunda sorumluluğa ilişkin bir diğer problemde, endikasyon dışı ilaç kullanımında karşımıza çıkmaktadır. İlaçların ruhsatlandırma sürecinde, ilacın hangi endikasyonlarda kullanılacağı belirtilir ve öngörülen kullanım şartlarında etkinliği ve güvenilirliğinin

⁶³ Nart, s. 182.

⁶⁴ Hekimlik sözleşmesi, hekim ile hasta arasında, hastanın sağlığına kavuşmak amacıyla hekimin tıbbî müdahalede bulunma borcu altına girdiği, hastanın da hekime belirli bir ücret ödeme yükümlülüğü altına girdiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Doktrinde ekseriyetle hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin bir türü olduğu kabul edilmektedir. Bkz: **İpekyüz, Yavuz Filiz**: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s16 vd.; Spickhoff, Andreas, BGB § 630a Rn. 12; **Quass, Michael**: Quass, Michael/ Zuck, Rüdiger/Clemens, Thomas (Edt.), Medizinrecht, 3. Bası, München 2014, § 14 Rn. 27 vd.; **Lipp, Volker**: Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker (Edt.), Arztrecht, 7. Bası, München 2015, III A Rn.1.

⁶⁵ **Eren**, s. 1067 ; **İpekyüz**, s. 146; **Nart**, s. 189.

kanıtlanmış olması gerekir⁶⁶. Kural olarak ilaçlar, ruhsat alınan alanlarda kullanılır. Ancak bazı durumlarda ilaçlar, ruhsatlandırıldıkları alanlar dışında kullanılabilir. Bunun birkaç sebebi bulunmaktadır. Öncelikle ilaç üreticisi teşebbüsler, ruhsatlandırma sürecini mümkün olduğunca çabuk bir şekilde aşabilmek amacıyla, esas kullanım amacını belirler ve uygulama alanı olarak seçerler. Böylece, klinik araştırmalarda hem zaman açısından hem de maddî anlamda bir tasarruf etme imkânı bulurlar. Öte yandan bazı durumlarda, ilaç ruhsatlandırılarak piyasaya sürüldükten sonra, ilacın ruhsatlandırıldığı alan dışında da etkin olduğu tespit edilebilir. Bu durumlarda, hekim tedaviyi mümkün olan en kısa zamanda ve en konforlu şekilde gerçekleştirebilmek için söz konusu ilacı tavsiye edebilmektedir. Günümüzde endikasyon dışı ilaç kullanımı, onkoloji klinikleri başta olmak üzere, birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de oldukça yaygındır.

Endikasyon dışı ilaç kullanımı, bir ilacın ruhsatında, kullanma talimatında veya uzman talimatında belirtilmiş olan endikasyonlar dışında, ilacın hekim tarafından başka bir endikasyon için önerilmesi, reçete edilmesini ifade eder⁶⁷. İlaç hukuku bakımından endikasyon dışı ilaç kullanımına ilişkin problemler, sigorta ve sorumluluk bakımından olmak üzere iki ana başlıkta toplanabilir.

Sosyal sigorta bakımından, ağır bir hastalıkta başka bir tedavi imkânı bulunmaması ve mevcut tıp biliminin verilerine göre endikasyon dışı ilaç kullanımı ile başarı sağlanacağına yönelik kanaatin bulunması hâli hariç, sosyal güvenlik sistemi endikasyon dışı ilaç kullanımına bağlı olarak doğacak masrafları karşılamamaktadır⁶⁸. Nitekim Alman Federal Sosyal Mahkemesi (BSG) 2002 yılında vermiş olduğu bir kararda bu üç unsurun varlığının bir arada bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁹. Ancak 2005 yılında Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG) “*Nikolaus*” kararında, standart bir tedavinin bulunmadığı ve derhâl tedavi olunmaması hâlinde,

⁶⁶ **İter, Dilek**: *İlaçların Ruhsatlandırılması ve Piyasaya Sürülmesi, Usulü, İlaç Hukuku*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri, s.276; **Hakeri**, s. 17.

⁶⁷ **Hakeri**, s 18; **Nart**, s. 172; **Petek**, s. 196; **Göben**, s. 89; Hekim kural olarak, endikasyona uygun ilaç seçmekle yükümlüdür. Aksi takdirde bir tıbbî uygulama yanlış söz konusu olacak ve hekim bundan dolayı sorumlu olacaktır.

⁶⁸ **Dierks, Christian/Finn, Markus**, Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), *Handbuch des Pharmarechts*, § 7 Rn.106, **Hakeri**, s. 18.

⁶⁹ BSG: Urteil vom 19.03.2002 - B 1 KR 37/00 R.

hastanın hayatı tehlike ya da ölümlerle neticelenebilecek bir hastalığının varlığı hâlinde, seçilen yöntemin tedavi etmekten uzak olmaması veya en azından hastalığın seyrine olumlu bir etkisinin mevcut olması durumunda, sigorta tarafından tedavi masraflarının karşılanmamasını Devletin Alman Anayasası 2. Madde 2. Fıkrasında düzenlenen koruma yükümlülüğü ile bağdaşmayacağına karar vermiştir⁷⁰.

Türk hukuku bakımından ise Danıştay, sağ kalım avantajı ve ölüm oranının düşürülmesine faydalı olabilecek ve bilimsel öğretilerde desteklenmiş durumlarda Sağlık Bakanlığınca, ilgili danışma komisyonlarının da görüşü alınmasıyla birlikte endikasyon dışı ilaç kullanımına izin vermektedir⁷¹.

Ülkemizde, endikasyon dışı ilaç kullanımına ilişkin sadece Sağlık Bakanlığı tarafından 08.06.2009 tarihinde yayımlanan genelge ile “*herhangi bir hastalığın tedavisinde aslolan güncel tedavi rehberleri doğrultusunda etkililiği ve güvenilirliği bilimsel ve yeterli sayıda klinik çalışmalar ile kanıtlanmış, ilgili endikasyonda standart dozu belirlenerek Sağlık Bakanlığınca ruhsatlandırılmış ilaçları kullanmaktır*” denmiştir⁷². Bu kapsamın dışında kalan ilaçlar ile yapılması zorunlu olan tedaviler için Bakanlığın izni gerekmektedir ve bu tür tedaviler için İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu tarafından, Bakanlık Genelgesi’ne dayanılarak genel esasları belirleyen “*Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı Kılavuzu*” (EDİKK) hazırlanmıştır.

İlgili kılavuza göre endikasyon dışı ilaç kullanımı, bir ilacın ülkemizde onaylanmış endikasyonu dışındaki her türlü kullanımını ifade etmektedir (EDİKK md. 3/1-b). Kılavuza göre ülkemizde onaylı endikasyon dâhilinde ilaçla tedavisi mümkün olan hastalıklar için endikasyon dışı ilaç kullanımına izin verilmezken, ancak, bilimsel veriler doğrultusunda belirgin avantaj sağlayan tedavi seçenekleri olması durumunda, endikasyon dışı ilaç kullanım talebi Kurum tarafından

⁷⁰ BVerfG, Beschluß vom 6. 12. 2005 - 1 BvR 347/98

⁷¹ Danıştay 10. Daire, 23.03.2009, 8122/2052.

⁷² Bu genelge ile 14.11.2006 tarihli ve 2006/115 sayılı Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı Hakkında Genelge, 24.07.2007 tarihli ve 2007/63 sayılı Göz Hastalıklarında Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı Hakkında Genelge, 01.05.2008 tarihli ve 2008/37 sayılı Kemoteröpatik İlaçların Endikasyon Dışı Kullanımı Hakkında Genelge yürürlükten kaldırılmıştır.

değerlendirilir (EDİKK md. 4/1)⁷³. Talep, bizzat hastanın takip ve tedavisini üstlenen hekim tarafından yapılır (EDİKK md. 4/2) ve kurum, öncelikle başvuruda kullanımı talep olunan ilacın ilgili endikasyonda kullanımının bilimsel yönden uygun olup olmadığını değerlendirir (EDİKK md. 4/3). Endikasyon dışı ilaç ancak kurum tarafından verilen uygunluk onayından sonra kullanılabilir (EDİKK md.4/3). Endikasyon dışı ilaç kullanımına bağlı olarak, hastalığın ilerlemesi, hastanın hayatını kaybetmesi, ilaç alerjisi ve ciddi advers etkiler gibi olumsuz bir durum gelişmesine bağlı olarak tedavinin sonlandırılmasını gerektiren hâllerde en geç 5 (beş) işgünü içinde kuruma tedaviyi üstlenen hekim tarafından gerekçesiyle birlikte bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir (EDİKK md. 4/9).

Kılavuzda endikasyon dışı ilaç kullanımı için yapılacak başvuruda gerekli olan belgeler arasında “*bilgilendirilmiş hasta olur formu*” bulunmaktaysa da, hekim tarafından gerçekleştirilecek aydınlatmanın nasıl gerçekleştirileceği hususunda bir hüküm yer almamaktadır. Kanaatimizce hekim aydınlatmayı genel hükümlere göre yerine getirmekle beraber, söz konusu ilacın endikasyonu onaylanmadığından daha sıkı ve ayrıntılı bir aydınlatma yapılmalıdır⁷⁴. Özellikle risk aydınlatması açısından, karşılaşılabilecek tüm riskler hastaya anlatılmalı ve böylece tedaviden elde edilecek yarar ile maruz kalınabilecek tehlikeler bakımından hastaya bir değerlendirme yapma fırsatı tanınmalıdır. Hekim, söz konusu aydınlatmayı yapmaması hâlinde, tedavi hatası söz konusu olacak ve hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktaysa sözleşme sorumluluğu hükümlerine, böyle bir ilişkinin bulunmadığı hâllerde ise haksız fiil hükümlerine başvurulacaktır. Nitekim Alman hukukunda da sorumluluğun Alman Medeni Kanunu § 276 veya § 823 hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁵.

⁷³ Görüldüğü üzere, ülkemizde endikasyon dışı ilaç kullanımında Türk hukukunda belirgin avantaj sağlayan tedavi seçeneği ifadesi kullanılmış olup, ciddi hayatî tehlike bulunması şartı aranmamaktadır.

⁷⁴ **Dierks, Christian/Finn, Markus**, Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), Handbuch des Pharmarechts, § 7 Rn.56 vd.; **Nart**, s. 173.

⁷⁵ OLG Köln, Urteil vom 30.5.1990 (AZ 27 U 169/89; **Freund, Angelika**: *Die zulassungüberschreitende Anwendung von Humanarzneimitteln (Off-Label-Use) in Deutschland - Pharmazeutische Unternehmer, Vertragsärzte, Patienten und Versicherte im Spannungsfeld von Arzneimittel-, und Sozialrecht sowie zivil- und strafrechtlicher Haftung*, PharmaR 2004, s.291.

Kural olarak ilaç üreticisine ne Türk hukuku bakımından ne de Alman hukuku bakımından sorumluluk yüklenebilecektir⁷⁶. Zira ilaç üreticisinin sorumluluğunun doğabilmesi için, ilacın amaca uygun kullanılması gerekmektedir. Endikasyon dışı ilaç kullanımında ise, ilaç ruhsat alanı dışında kullanılmakta olup, amaca uygun kullanım şartı yerine getirilmemektedir⁷⁷. Ancak kanaatimizce, ilaç üreticisi, ilacın endikasyon dışı kullanımının yaygınlaşması hâlinde, hekime yönelik bilgilerde ve ilaç prospektüsünde açıkça ilacın endikasyon dışı kullanılmayacağını yazmalıdır. Böyle bir uyarıya rağmen, tedavide söz konusu ilacın kullanımı hâlinde, hekim sorumlu tutulmalıdır⁷⁸.

Bununla beraber ilaç üreticisi, örneğin ruhsat dışı kullanım alanlarında da kullanılabileceği yönünde reklam yapması hâlinde olduğu gibi, eğer kötüniyetli olarak hareket ediyorsa, bu durumda üreticinin sorumluluğundan bahsedilebilmelidir⁷⁹.

IV. SONUÇ

Anayasa ile teminat altına alınmış olan hayat ve vücut bütünlüğünü koruma hakkının ihlâl edilmemesi için, kanaatimizce ilaç hukukuna dair mevzuatın yeknesaklaştırılması gerekmekte ve özellikle ilaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin yasal bir düzenleme getirilmelidir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi ülkemizde sorumluluğa ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmamasının sebebi, Almanya'nın yaşamış olduğu acı tecrübeyi ülkemizin yaşamamış olmasıdır. Bu nedenle ilaç hukuku mevzuatı yeknesaklaştırılarak, hatalı üretilen ilaçlarla birlikte, özellikle üzerinde durduğumuz özel sorumluluk hâllerini de kapsayacak bir yasal düzenleme yapılarak, sorumluluk belirlenmelidir. Ancak sorumluluk belirlendikten sonra mahkemeye taşınacak olan tazminat davalarında, yargı organlarının hakkaniyetli çözümler bulmaları gerekmektedir. Bunun için alınacak kararlarda hem ilaç sanayinin gelişimi sekteye uğratılmamalı hem de zarar görenlerin hakları gözetilmelidir.

⁷⁶ **Freund**, PharmaR 2004, s.291; **Hakeri**, s. 221.

⁷⁷ **Freund**, PharmaR 2004, s.291

⁷⁸ **Hakeri**, s. 221.

⁷⁹ **Petek**, s. 79.

KISALTMALAR CETVELİ

§	Paragraf
AMG	Arzneimittelgesetz (Alman İlaç Kanunu)
AZ	Aktenzeichen (Esas Numarası)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Bundesgerichts-Entscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH	Bundesgerichtshof (Federal Almanya Yüksek Mahkemesi)
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BSG	Bundessozialgericht (Federal Almanya Sosyal Mahkemesi)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi)Esas
E.	Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı Kılavuzu
EDIKK	Editör
Edt.	Erişim Tarihi
ET.	Hukuk Genel Kurulu
HGK	Karar
K.	Madde
md.	Neue Juristische Wochenschrift
NJW	Pharma Recht
PharmaR	Resmi Gazete
RG	Kenar Numarası
Rn.	Sayfa
s.	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBK	Urteil (Karar)
Urt.	ve devamı
vd.	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VersR	Zivilrat (Hukuk Dairesi)
ZR	

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2011.
- Aycan, Yerer/ Mükerrerem, Betül: “İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı”, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri.
- Aydos, Oğuz Sadık: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009.
- Başpınar, Veysel: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri, s. 85 vd.
- Berezowsky, Isabelle: Ansprüche des Arzneimitteldeschädigten gegen den pharmazeutischen Unternehmer nach §§84, 84a AMG, Aachen 2006.
- Beyer, Christian: Grenzen der Arzneimittelhaftung dargestellt am Beispiel des Contergan-Falles, München 1989.
- Blasius, Helga/Müller-Römer, Dietrich/ Fischer, Jürgen: Arzneimittel und Recht in Deutschland, Stuttgart 1998.
- Borer, Peter: Produktehaftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europäischem Recht, Bern 1986.
- Burcuoğlu, Haluk/ Akçura Karaman Tuba: Türk Hukukunda Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk Üzerine Bazı Açıklamalar, İsviçre Medeni Kanunu'nun İktibasının 80. Yıldönümü (İstanbul 19 Nisan 2006), İstanbul 2006, s. 53 vd.
- Çelik, Ahmet: 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YENİ BİR DÜZENLEME İŞLETME TEHLİKELERİ VE TEHLİKE SORUMLULUGU (Eine neue Regelung über Betriebsgefahr und Gefährdungshaftung gem. Gesetz Nr. 6098 tOG), İstanbul, 2011, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-celikahmetcelik->

57.htm&query=%22tehlike%20sorumlulu%F0u%22#f
m.

- Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Edt.), Kommentar zum Arzneimittelgesetz, 3. Bası, Heidelberg 2011.
- Deutsch,, Erwin/Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, 6. Bası, Berlin 2008.
- Dieners, Peter/ Reese, Ulrich (Edt), Handbuch des Pharmarechts, München, 2010
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Bası, Ankara 2015.
- Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas (Edt), Arzneimittelrecht Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, 2. Bası , Baden-Baden 2014.
- Freund, Angelika: Die zulassungsüberschreitende Anwendung von Humanarzneimitteln (Off-Label-Use) in Deutschland - Pharmazeutische Unternehmer, Vertragsärzte, Patienten und Versicherte im Spannungsfeld von Arzneimittel-, und Sozialrecht sowie zivil- und strafrechtlicher Haftung, PharmaR 2004, s. 275-299.
- Funke, Christian: Die Arzneimittelhaftung des pharmazeutischen Unternehmers- Entwicklung und Reformen, Halle 2001.
- Göben, Meltem: Arzneimittelhaftung und Gentechnikhaftung als Beispiele modernen Risikoausgleichs, Frankfurt am Main 1995.
- Hager, Günter: Schaeden infolge Unvereinbarkeit mehrerer Medikamente- Ein Beitrag zur Haftung für Instruktions- und Herstellungsfehler-, VersR 1987, s. 1053-1058.
- Hakeri, Hakan: İlaç Hukuku, Ankara 2015.
- Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2009.
- Havutçu, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005. Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Ankara 2007.
- İlter, Dilek: İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri, s.273-281.
- İpekyüz, Yavuz Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

- Jenke, Nina: Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte, Berlin 2003.
- Kaplan, İbrahim: Türk ve İsviçre Hukukunda İmalâtçının Sorumluluğu, Adalet Dergisi 1977, s. 78-141.
- Koyuncu, Adem: das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen-Arzt-Patienten Verschulden und Mitverschulden bei der Haftung für Arzneimittelschaeden, Heidelberg 2004.
- Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-George/ Hoffmann, Hans-Peter (Edt.), Arzneimittelgesetz Kommentar, 2. Bası, München, 2016.
- Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker (Edt.), Arztrecht, 7. Bası, München 2015.
- Nart, Serdar: Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu, Nisan 2014.
- Petek, Hasan: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009.
- Quass, Michael/ Zuck, Rüdiger/Clemens, Thomas (Edt.), Medizinrecht, 3. Bası, München 2014,
- Rehmann, Wolfgang: Arznmittelgesetz Kommentar, 4. Bası, München 2014.
- Sieger Jürgen: Probleme der Nutzen-Risiko- Abwägung des § 84 AMG, in: VersR 1989, s. 1014-1021.
- Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, München 2011.
- Üçışık, Güzin: Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi (Die Regelung der Gefährdungshaftung mit der generellen Norm), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, s. 127-147.
- Vogel, Daniel: Die Produkthaftung des Arzneimittelherstellers nach schweizerischem und deutschem Recht, Zürich 1991.
- Yıldırım, Fadıl M.: Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, s.19 vd.

SUÇUN YASAL TANIMINDA YER ALAN “HUKUKA AYKIRILIK” İFADESİNİN İCRA ETTİĞİ FONKSİYON

Neslihan GÖKTÜRK*

Özet

Hukuka aykırılık tipiklikten bağımsız olarak suçun yapısal bir unsurdur ve tipikliğin icra ettiği hukuka aykırılık karinesine bağlı olarak suçun yasal tanımında ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Buna rağmen bazı suç tiplerinde “hukuka aykırılık” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Yine, bazı suç tiplerinde “rızası olmaksızın” veya “rızasına aykırı olarak” ifadelerine yer verilmek suretiyle 5237 sayılı TCK sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen ilgilinin rızasının yokluğuna işaret edilmektedir. Suç tiplerinin bir kısmında ise “izinsiz”, “ruhsatsız”, “karar olmaksızın” gibi ifadeler kullanılarak fiilin yetkili merciler tarafından verilen bir izin veya karar bulunmaksızın icra edilmiş olması aranmaktadır. Hukuka aykırılık unsuru ve tipik fiilin suç teşkil eden bir haksızlık olarak ortaya çıkmasını önleyen hukuka uygunluk nedenleri karşısında suçun yasal tanımında yer alan bu ifadeler ne anlam yükleneyeceği bir sorun olarak ortaya çıkmakta ve tartışmalara sebebiyet vermektedir. Suçun maddi ve manevi unsurları, özellikle hata bakımından yapılacak olan belirleme bu sorunun çözümüne bağlıdır. İşte bu sorun, çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tipiklik, hukuka aykırılık, hukuka aykırılık bilinci, hukuka uygunluk nedeni, ilgilinin rızası.

THE FUNCTION OF THE “ILLEGALITY” WHICH STATED IN THE LEGAL DEFINITION OF THE OFFENCE

Abstract

Unlike typicality, illegality is a constituent element of the offence and should not be necessarily specified in the legal definition of the offence. However, “illegality” is also stated in some of the definitions. Likewise, phrases such as “without the consent of someone” or “contrary to the consent of someone” are stated in some of the definitions to refer to the absence of the consent of the concerned body which is accepted as a justification in Turkish Penal Code numbered 5237. By expressions like “without permission”, “without obtaining license”, “without obtaining the decision” in some definitions, it is required that the conduct should be committed without prior permission or order of authorities. How to interpret this kind of phrases in the legal definition of the offence occurs to be a problem and is causing discussions in terms of legality and justification. Other determinations with regard to objective and subjective elements of the offence and especially mistake depend on this interpretation and it is the topic of this article.

Keywords: Typicality, illegality, knowledge of illegality, justification, consent of the concerned body.

* Yrd. Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza-Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi

1. GENEL AÇIKLAMA

Hukuka aykırılık tipiklikten bağımsız olarak suçun yapısal bir unsurudur ve tipikliğin icra ettiği hukuka aykırılık karinesine bağlı olarak suçun yasal tanımında ayrıca belirtilmesine gerek yoktur; buna rağmen bazı suç tiplerinde “hukuka aykırılık” ifadesine yer verildiği görülmektedir¹. Yine, bazı suç tiplerinde “rızası olmaksızın” veya “rızasına aykırı olarak” ifadelerine yer verilmek suretiyle 5237 sayılı TCK sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen ilgilinin rızasının yokluğuna işaret edilmektedir². Suç tiplerinin bir kısmında ise

¹ Örneğin TCK 91/2’de “*hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse*”; 91/5’te “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi*”; 109/1’de “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişi*”; 112/1, 113/1, 114/2, 115/2, 117/1, 118/2, 223/1, 223/3, 224/1, 235/2-c’de “*cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla*”; 120/1’de “*hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisi*”; 123/1’de “*sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması*”; 124/1’de “*kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi*”; 124/2’de “*kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi*”; 124/3’te “*her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi*”; 132/2’de “*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse*”; 135/1’de “*hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimse*”; 136/1’de “*kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi*”; 209/2’de “*imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıdı hukuka aykırı olarak ele geçirip veya elde bulundurup da hukukî sonuç doğuracak şekilde dolduran kişi*”; 239/1’de “*bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi*”; 243/1’de “*bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimse*”; 260/1’de “*hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlileri*”; 267/1’de “*yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için, bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi*”; 272/1’de “*hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimse*”; 277/1’de “*yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi*” ifadelerine yer verilmiştir.

² Örneğin TCK 91/1’de “*hukukun geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse*”; 99/1’de “*rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi*”; 101/1’de “*bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırarak kimse*”; 116/1’de “*bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi*”; 132/3’de “*kendisizyle yapılan haberleşmelerin içeriğini*

“izinsiz”, “ruhsatsız”, “karar olmaksızın” gibi ifadeler kullanılarak fiilin yetkili merciler tarafından verilen bir izin veya karar bulunmaksızın icra edilmiş olması aranmaktadır³. Hukuka aykırılık unsuru ve tipik fiilin suç teşkil eden bir haksızlık olarak ortaya çıkmasını önleyen hukuka uygunluk nedenleri karşısında suçun yasal tanımında yer alan bu ifadeler ne anlam yükleneyeceği bir sorun olarak ortaya çıkmakta ve tartışmalara sebebiyet vermektedir⁴. Suçun maddi ve manevi unsurları, özellikle hata bakımından yapılacak olan belirleme bu sorunun çözümüne bağlıdır⁵. Sorunun çözümü, her şeyden evvel suç tanımının işlevinin, hukuka

diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi”; 133/1’de “*kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi*”; 133/2’de “*katıldığı aleni olmayan bir söyleyişi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi*”; 141/1’de “*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alarak kimse*”; 163/2’de “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanılan kişi*”; 245/1’de “*başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa*”; 290/2’de “*muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehlinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması*” ifadelerine yer verilmiştir.

³ Örneğin TCK 174/1’de “*yetkili makamlardan gerekli izni olmaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi*”; 181/2’de “*atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi*”; 184/1’de “*yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi*”; 188/1’de “*uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi*”; 188/3’te “*uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi*”; 193/1’de “*içeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi*”; 287/1’de “*yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail*”; 320/1’de “*hükümetin izni olmaksızın bir yabancı veya yabancı Devlet hizmetinde veya bunların lehinde çalışmak üzere Ülke içinde vatandaşlardan asker yazan veya vatandaşları silâhlandırarak kimse*” ifadelerine yer verilmiştir.

⁴ **Maurach**, Reinhart / **Zipf**, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, § 24 kn. 10.

⁵ **Bringewat**, Peter, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008, kn. 376.

aykırılık unsurunun içeriğinin, suçun yapısında icra ettikleri fonksiyon temelinde tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları arasındaki ilişkinin ortaya konmasını zorunlu kılmaktadır.

2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT BAĞLAMINDA SUÇ TANIMININ İŞLEVİ

İnsanın toplumsal düzen içinde yaşayabilmesi, aynı zamanda anayasal bir hak olan maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi için buna ilişkin menfaatlerin hukuk normları ile koruma altına alınması şarttır⁶. Münhasıran hukuki menfaatlerin korunması yoluyla, toplumsal barışın muhafazası ve sosyal düzenin devamlılığı sağlanabilmekte; ceza hukuku bu bağlamda önemli bir fonksiyon icra etmektedir⁷. Ceza hukukunun görevi, toplumsal yaşam bakımından vazgeçilmez olan alanları, bir başka ifade ile sosyal düzenin devamı için önem arz eden menfaatleri etkili şekilde korumaktır⁸. Ceza hukuku, toplumsal yaşamın

⁶ **Ünver**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 443; **Ebert**, Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, s. 1.

⁷ Diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak ceza hukuku, toplumsal düzen bakımından vazgeçilemeyecek derecede önem arz eden menfaatlere yönelik ağır ihlalleri suç olarak tanımlamak ve cezalandırmak yoluna gitmektedir. Diğer hukuk disiplinlerinde hukuka aykırı addedilen bir fiil, suç oluşturmayabilir. Bu durum, esasen ceza hukuku yaptırımlarının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer disiplinlerde de yaptırım olmakla beraber; ceza hukuku yaptırımları –kişi hürriyetini sınırlandıran hapis cezasında olduğu gibi- niteliği itibarı ile bunlardan farklıdır. Bu nedenle, ceza hukuku tüm hukuk düzeni içinde hukuki menfaatlerin korunmasında ikincil olma özelliğini haizdir. Ceza hukuku, sosyal düzenin muhafazası bakımından önem arz eden bir hukuki menfaatin korunmasında diğer hukuk disiplinlerinin etkili olmadığı hallerde müdahalede bulunur (son çare olma “ultima ratio” ilkesi) (Ayrıntı için bkz. **Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, § 2 kn. 97 ff.; **Bringewat**, kn. 2 ff.; **Ünver**, s. 440, 449).

⁸ **Welzel**, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 1 ff.; **Roxin**, AT/1 § 2 kn. 7; **Baumann**, Jürgen / **Weber**, Ulrich / **Mitsch**, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, § 3 kn. 10, § 8 kn. 7; **Jakobs**, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 2/12; **Wessels**, Johannes / **Beulke**, Werner / **Satzger**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013, § 1 kn. 6; **Bringewat**, kn. 12 ff.; **Ebert**, s. 1; **Heinrich**, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012, kn. 3 ff.; **Kindhäuser**, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 2 kn. 6; **Rengier**, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 3 kn. 2; **Frister**,

temel değerlerini güvence altına almakta olup; burada anayasa ile oluşturulan değerler düzeni önemli ölçüde belirleyicidir⁹. Ceza normuna meşruiyet kazandıran husus da, ceza hukukuna yüklenen bu görevdir¹⁰. Ceza hukuku bu görevi, bireylere yönelik davranış tarzlarını belirlemek; hukuki menfaatleri ihlal eden bazı davranış biçimlerini yasaklamak, menfaatleri korumaya yönelik bazı davranış biçimlerini ise emretmek suretiyle yerine getirir¹¹. Bu nedenle, ceza normları emir ve yasak normlarından oluşur¹². Normlar, toplumsal yaşamda insana yüklenen yükümlülükleri tespit etmeleri nedeni ile emredici karakteri haizdirler¹³ ve toplum tarafından da emredici olarak algılanırlar. Hukukun görevi, davranış icra edilmeden önce, emir ya da yasak normları ile insanları yönlendirebilmektir. Hukukun toplumda etki göstermesi gerektiği için, normlar öncelikle “belirleyici norm (Bestimmungsnorm)” olarak fonksiyon icra ederler¹⁴. Fakat normlar aynı zamanda değerlendirme

Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 3 kn. 20; **Ünver**, s. 436 vd.; **Zafer**, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 6.

⁹ **Roxin**, AT/1 § 2 kn. 86 ff.; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 3 kn. 12 f.; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 1 kn. 6; **Bringewat**, kn. 10 f., Hangi menfaatlerin ceza hukuku ile korunmaya değer olduğunun tespitinde, anayasada öngörülen değerler düzeni önemli ölçüde belirleyicidir. Örneğin insanın maddi ve manevi varlığını korumaya ve geliştirmeye yönelik hakları, ceza hukuku ile korunması gereken menfaatler arasındadır ki; bu nedenle öldürme, yaralama, hakaret ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bireysel nitelik taşıyan menfaatler dışında yine toplumsal düzen açısından korunması gereken menfaatler de bulunmaktadır. Sözgelimi kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlar, anayasal düzeni ihlal eden suçlar, adliye aleyhine işlenen suçlar bu kapsamdadır.

¹⁰ **Ebert**, s. 2; **Ünver**, s. 439.

¹¹ **Welzel**, s. 2, **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 7; **Jescheck**, Hans Heinrich / **Weigend**, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 233; **Freund**, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, § 1 kn. 6.

¹² **Jescheck / Weigend**, s. 233; Emir ve yasaklar, suç tanımlarında lâfzi olarak açıkça belirtilmeyip; örtülü olarak unsurların arkasında bulunurlar. Örneğin kasten öldürmeye ilişkin suç tanımında bir yasak açıkça belirtilmemesine rağmen, unsurların ardında “hiç kimseyi öldürmeyeceksin” şeklinde bir yasak gizlidir. İcrai suçların arkasında bir yasak, ihmalî suçların ise bir emir vardır (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 8).

¹³ Normun emirleri herkese yöneliktir. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi algılama yeteneği üzerinde etkili olan hususların, normun herkese yönelik emredici fonksiyonu üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Çocuklar, akıl hastaları da normun muhatabıdır (**Jescheck / Weigend**, s. 237).

¹⁴ **Jescheck / Weigend**, s. 237; **Bringewat**, kn. 29; **Ebert**, s. 2.

fonksiyonuna (Bewertungsnorm) da sahiptirler. Suç tanımının ihtiva ettiği emir ya da yasak şeklindeki normlar, aslında hukuk düzeninin fiil hakkındaki değerlendirme yargısından başka bir şey değildir¹⁵. Hukuk düzeninin fiili değerlendirici fonksiyonu, ceza hukuku alanında kanunkoyucunun yaptığı suç tanımıyla icra edilmektedir (Bewertungsfunktion des Rechts)¹⁶.

Her normun temelinde, korunan hukuki menfaate dayalı bir değer yargısı vardır¹⁷. Normun temelindeki değer yargısı ise, davranış normları olup; kanun hükmünün ihtiva ettiği norm, davranış normlarına dayalı değer yargısının içeriğidir. Bir başka ifadeyle her normun içinde davranış normlarına dayalı değer yargısı saklıdır¹⁸. Davranış normları, insanın icrai veya ihmali nitelikteki belli fiillerinin tasvip edilemez olduğu hususunda bir yargıyı ifade etmekte; belli davranış biçimleri hakkında bir değersizlik yargısının oluşumunu sağlamaktadırlar. Gerçekleştirilen davranış biçimleri, sözkonusu davranış normları karşısında bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve bunun sonucunda bu davranışın “değerli” veya “değersiz” olduğu hususunda bir yargıya ulaşılmaktadır. Davranış normları, belli davranışların muhteva itibarı ile doğru olmadıkları, bir haksızlık teşkil ettikleri hususunda bir yargıya ulaşabilmek bakımından bir değerlendirme kriteri oluşturmaktadırlar (davranış normunun değerlendirme fonksiyonu)¹⁹. Fakat, fiilin suç olarak tanımlanmasına temel teşkil eden davranış normları ile hukuki menfaatlerin korunması arasında amaç-araç ilişkisi bulunup; cezalandırılabilir haksızlığın temel nedenini tipik davranışla bir hukuki menfaatin ihlali oluşturmaktadır²⁰. Gerek suç tanımlarının ihtiva ettiği emir ya da yasak normlarının gerekse bunların temelinde bulunan davranış normlarının ifade ettiği

¹⁵ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 25 kn. 2; **Jescheck / Weigend**, s. 237; **Ebert**, s. 2.

¹⁶ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 16.

¹⁷ **Zielinski**, Diethart, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Dunckner & Humblot, Berlin, 1973, s. 228; **Hirsch**, Hans Joachim, "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", ZStW 1981/93, s. 846 vd.

¹⁸ **Kindhäuser**, Urs, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, NJW 1984, 1568", JuS 1985/2, s. 101.

¹⁹ **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 158-159; Normun ihlali, aynı zamanda buna ilişkin davranış normuna karşı çıkış anlamına da gelmektedir (**Kindhäuser**, JuS 1985/2, s. 103).

²⁰ **Ünver**, s. 439; **Sözüer**, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul, 1994, s. 146.

değerlendirme fonksiyonunun, korunmak istenen menfaatten bağımsız olarak izah edilebilmesi mümkün değildir. Korunmak istenen menfaat, tüm fiiller hakkında “olumlu” ya da “olumsuz” şeklindeki değerlendirmede müşterek olan yegâne belirleyici kriterdir. Nitekim, suç ile korunması amaçlanan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli nitelik taşımayan bir fiilin tipikliğinden söz edilemez. Hukuki menfaat ile fiilin suç konusu üzerinde ortaya çıkardığı zarar veya tehlike birbirinden farklı kavramlar olmakla beraber²¹; birbiri ile yakından ilintilidir. Zira, fiilin suç konusu bakımından zarar veya tehlike doğurmaya elverişli olmadığı hallerde hukuki menfaatin ihlal edildiğinden ve buna bağlı olarak tipiklikten söz edilemez. Fiil ve bunun bir niteliği olan elverişlilik tipiklik unsuru bağlamında ele alınması gereken bir husus olsa da; elverişlilik korunan hukuki menfaatten bağımsız olarak tespit edilemez²².

Kanunkoyucuyu fiili suç olarak tanımlaya götüren temel düşünce hukuki menfaat olduğuna göre; hukuki menfaat, suç tanımının yapılması, yani haksızlığın sınırlarının çizilmesinde yol göstericidir²³.

²¹ Hukuki menfaat ile suçun konusu birbirinden farklı kavramlardır. Hukuki menfaat, bilişsel olarak algılanabilir olmayan, toplumsal düzenin devamı için korunması gereken soyut, düşünsel bir fenomendir. Örneğin kasten yaralama suçunda korunan hukuki menfaat vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı, suçun konusu ise insanın vücududur. Hırsızlık suçunda ise korunan menfaat mülkiyet veya zilyedlik iken, suçun konusu başkasına ait eşyadır. Bazı suç tiplerinde, suçun konusu ile korunan hukuki menfaatin örtüşmesi mümkün ise de; bu durum farklı kavramlar oldukları gerçeğini değiştirmez (**Roxin**, AT/1 § 2 kn. 65; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT §1 kn. 8; **Bringewat**, kn. 16; **Krey**, Volker / **Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011, § 1 kn. 10.). Somut bir varlığı bulunmayan hukuki değerler, doğrudan doğruya bir zarara veya tehlikeye uğramazlar. Zarar ve tehlike, fiilin suçun konusu üzerinde yarattığı etkidir. Hukuki değer ihlali, failin, icra ettiği fiil ile bu ideal değeri tanımadığını, onun geçerliliğine karşı çıktığını göstermesidir (**Özgenç**, Genel Hükümler, s. 159, 161).

²² Fiilin suçla korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olup olmadığı hazırlık hareketi-icra hareketi ayırımında da belirleyici bir kriterdir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının nedeni, suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmemeleridir. İcra hareketlerinin başlamasıyla beraber, hukuki menfaat de ihlal edilmektedir (bkz. **Ünver**, s. 1009-1010, “*Hazırlık-icra hareketleri ayırımında herhangi bir ölçüte taraftar olunabilir ise de, vazgeçilemeyecek olan ölçüt unsur veya husus, cezalandırılacak hareketin hukuksal değeri ihlal edici nitelikte olmasının aranmasıdır. Sorun bu ihlalin nasıl saptanacağı konusunda ortaya çıkmaktadır ... objektif temele dayalı bir değerlendirme ile hukuksal değerin ihlal edilmeye başlanıp başlanmadığını saptamak, en haklı, adil ve objektif yöntem olacaktır.*”).

²³ **Jescheck / Weigend**, s. 256-257.

Kanunkoyucunun görevi, unsurlarını tespit etmek suretiyle haksızlığın sınırlarını belirlemektir; unsurlar bir bütün olarak haksızlığı tüketici mahiyette olmalıdır²⁴. Suç tanımı, suçun haksızlık muhtevasına esas teşkil eden, haksızlık muhtevasının sınırlarını ve kapsamını belirleyen tüm unsurları ihtiva etmelidir²⁵. İşte bu görevin ifasında, hukuki menfaat kanunkoyucunun referans aldığı ölçüdür; ancak korunan menfaat ışığında bir suç tanımı oluşturulabilir. Ayrıca, cezanın tür ve miktarının tespitinde, korunan hukuki menfaatin arz ettiği önem ve değer, buna bağlı olarak ihlalin ağırlığı belirleyici bir kriterdir²⁶.

3. SUÇUN YAPISINDA TİPİKLİK UNSURU

Ceza hukukunun güvence fonksiyonu ve bunun bir gereği olan kanunilik ilkesine binaen, bir davranışın suç teşkil etmesinin temel dayanağı kanunkoyucunun yasada yaptığı suç tanımıdır. Suç, her şeyden evvel tipik davranıştır; suç tanımına uygunluk göstermeyen bir fiil suç oluşturmaz²⁷. Suç, fiilin tipikliğinde varlık temeli kazanmaktadır. İşte bu nedenledir ki, fiilin tipikliği aynı zamanda hukuka aykırılığına karine teşkil eder²⁸. Suç tanımının işlevi, tipikliğe dahil unsurların belirlenmesi

²⁴ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 4; **Heinrich**, AT kn. 114.

²⁵ **Jescheck / Weigend**, s. 245, 247; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 118; **Heinrich**, AT kn. 110; **Krey / Esser**, AT § 10 kn. 261.

²⁶ **Ünver**, s. 831.

²⁷ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 10 kn. 6; § 19 kn. 39; § 20 kn. 52; **Heinrich**, AT kn. 110.

²⁸ **Welzel**, s. 80; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 19 kn. 40; § 24 kn. 7; **Bringewat**, kn. 461; **Ebert**, s. 28, 64; **Gropp**, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 2005, § 6 kn. 1, 10; **Heinrich**, AT kn. 310; **Hilgendorf**, Eric / **Valerius**, Brian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 5 kn. 1; **Krey / Esser**, AT § 10 kn. 261; **Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, § 6 kn. 2; **Lackner**, Karl, in: Lackner/Kühl StGB, 28. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, § 15 kn. 6; **İçel**, Kayıhan / **Sokullu-Akıncı**, Fusun / **Özgenç**, İzzet / **Sözüer**, Adem / **Mahmutoğlu**, Fatih S. / **Ünver**, Yener, Suç Teorisi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 92; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 300; **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 251; aksi görüş için bkz. **Freund**, AT § 3 kn. 2 f., Yazar'a göre davranışın tipikliği, tek başına hukuka aykırı olduğu yahut haksızlık oluşturduğu anlamına gelmez; sade davranışın onaylanmadığı hususunda bir yargı ifade eder. Bunun dışında, olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı araştırılmak suretiyle tespit edilmek zorundadır. "Fiil hukuka aykırıdır" ibaresi, davranışın sadece tipik olduğu anlamına gelmez; aynı zamanda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı yönündeki tespiti de ihtiva eder. Bu nedenle, tipikliğin tek başına hukuka aykırılığa karine teşkil ettiği söylenemez.

suretiyle haksızlığın sınırlarının çizilmesidir²⁹. Suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlık üzerinde etkili olup haksızlığın sınırlarını belirleyen her bir unsur tipikliğe dahildir. Bunlar, haksızlığın yapısına ilişkin unsurlardır ve tipikliğin maddi unsurlarını (objektif unsur) oluştururlar³⁰. Suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığı tanımlayıp sınırlarını belirleyen unsurlar ise, deskriptif ya da normatif nitelik taşırlar³¹. Deskriptif unsurlar, haksızlığın dış dünyadaki gerçekleşme koşullarına ilişkin olan; haksızlığı dış dünyada “gerçekleşen olay” şeklinde tasvir eden ve bilişsel olarak algılanabilir kılan objektif nitelikteki unsurlardır³². Örneğin kasten yaralama suçunun konusunu oluşturan “insan vücudu” deskriptif bir unsurdur. Suçun dış dünyadaki görünüm biçiminin ancak deskriptif unsurlarla belirlenmesi mümkün olsa da, fiilin bir haksızlık olarak tanımlanması için yeterli olmayabilir. Haksızlığın sınırlarının belirlendiği suç tanımında, dış dünyada bilişsel olarak algılanabilir unsurlardan bağımsız olarak değerlendirmeye tabi unsurlar da bulunabilir ki; bunlar, normatif unsurlardır³³. Belirlilik ilkesi gereği, normatif nitelikteki

²⁹ Suç tanımı bu işlevine binaen aynı zamanda ikaz fonksiyonu (**Appellfunktion des Tatbestandes**) ifa etmektedir (**Heinrich**, AT kn. 110, 114).

³⁰ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 20 kn. 1 ff.; Tipikliğin manevi unsurunun (kast-taksir) ise, suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu şeklindeki genel kural (TCK m. 21/1) karşısında -taksir haricinde- suçun yasal tanımında belirtilmesine gerek yoktur. Kast ise, suçun yasal tanımında yer alan unsurların somut olayda gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesidir.

³¹ Suç tipinde haksızlığı tanımlayan unsurları deskriptif ve normatif unsurlar şeklinde ele alan görüş için bkz. **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 57 ff.; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 20 kn. 55; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 16 ff.; **Jescheck / Weigend**, s. 269 ff.; **Puppe**, Ingeborg, , in: NK-StGB, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 16 kn. 41; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 130 ff.; **Bringewat**, kn. 373 ff.; **Heinrich**, AT kn. 125 ff.; **Kindhäuser**, AT § 9 kn. 9 ff.; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 414 ff.; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 5; **Sternberg-Lieben**, Detlev / **Schuster**, Frank, in: Schönke/Shröder StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, § 15 kn. 17 ff.; **Kudlich**, Henn, in: BeckOK-StGB, 30. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016, § 15 kn. 12; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 237; **Koca / Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 100-101; **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2013, s. 211.

³² **Kaufmann**, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Verlag Dr. Hanns Krach, Mainz, 1949, s. 164 f.; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 58; **Jescheck / Weigend**, s. 269-270; **Bringewat**, kn. 373; **Heinrich**, AT kn. 125; **Kindhäuser**, AT § 9 kn. 10; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 414; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 131; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 18.

³³ **Kaufmann**, Unrechtsbewusstsein, s. 166 f.

unsurlar, ancak haksızlığın deskriptif unsurlarla tanımlanmasının mümkün olmadığı ya da amaca uygun düşmediği durumda kullanılabilirler³⁴. Örneğin görevi kötüye kullanma suçu bakımından failin “kamu görevlisi” sıfatını taşıyıp taşımadığı, fiilin görevi kötüye kullanma teşkil edip etmediği; resmi belgede sahtecilik suçu bakımından üzerinde tahrifat yapılan belgenin resmi belge olup olmadığı; hırsızlık suçunda alınan eşyanın başkasına ait olup olmadığı, söylenen bir sözün hakaret oluşturup oluşturmadığı değerlendirme yapılmasını gerektiren unsurlardır. Normatif unsurların deskriptif unsurlardan temel farkı, deskriptif unsurların dış dünyada duyularla algılanabilir olmalarına karşılık; normatif unsurların değerlendirme yargısını gerektirmeleridir³⁵. Bu değerlendirme ise, ancak hukuk normlarına müracaatla yapılabilir. Normatif unsurların anlam ve içerikleri, sadece hukuk normları bağlamında değerlendirilme yapılmak suretiyle belirlenebilir. Çünkü, bu unsurlar dış dünyaya değil, hukuk normları dünyasına ait kavramlar olmaları nedeni ile anlam ve içeriklerini hukuk normlarından alırlar³⁶.

Belirtilmesi gerekir ki, aralarındaki farklılığa rağmen deskriptif ve normatif unsurlar arasında kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir. Kural olarak deskriptif olarak nitelendirilebilecek bir unsur bakımından ilgili suç tipi somut olayın özelliğine göre normatif bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılabilir³⁷. Fakat gerek deskriptif gerekse normatif unsurlar tipikliğin maddi unsurlarını (objektif unsur) oluştururlar ve bu nedenle aralarında hukuki sonuçları bakımından bir fark yoktur³⁸. Kasten işlenen suçlarda, failin kastı normatif unsurları da kapsamalıdır. Ancak kastın varlığı için, failin normatif unsuru hukuken doğru şekilde nitelendirmesi, örneğin resmi belgede sahtecilik suçu bakımından belgenin resmi belge niteliği taşıdığını bilmesi gerekli olmayıp; yazının

³⁴ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 16.

³⁵ **Kaufmann**, Unrechtsbewusstsein, s. 166 f.; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 58; **Jescheck / Weigend**, s. 270; **Bringewat**, kn. 374; **Heinrich**, AT kn. 126; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 415.

³⁶ **Bringewat**, kn. 374; **Heinrich**, AT kn. 126.

³⁷ **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 59; **Bringewat**, kn. 375; **Heinrich**, AT kn. 127; **Kindhäuser**, AT § 9 kn. 12; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 132; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 20; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 15 kn. 13; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 101; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 211, Örneğin doğmakta olan çocuğun kasten öldürme suçu bakımından ne zaman “insan” sayılacağı değerlendirme yapılmasını gerekli kılar.

³⁸ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 17.

hukuk düzeninde ne anlam ifade ettiğini, bunun hukuk düzenince korunduğunu bilmesi yeterlidir³⁹.

4. SUÇUN YAPISINDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURU ve TİPİKLİK İLE İLİŞKİSİ

Bir suç tanımı karşısında tipik olan fiil, kural olarak hukuka aykırıdır⁴⁰. Ceza hukuku anlamında bir haksızlıktan (Gesamtunrecht) söz edebilmek için, fiilin tipik ve hukuka aykırı olması gerekir (haksızlık = tipik + hukuka aykırı fiil). Tipiklik ve hukuka aykırılık, birbirinden bağımsız olarak suç teşkil eden haksızlığın yapısal unsurlarını oluşturmaktadır⁴¹; hukuka aykırılık, tipikliğin bir unsuru değildir⁴². Fiilin tipikliğinin belirlenmesi ise, fiil hakkındaki hukuka aykırılık değerlendirmesinden daha önce gelen bir aşamadır. Zira, fiil hakkındaki hukuka aykırılık yargısı tipe dayalıdır. Bu, “nullum crimen sine lege” ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluk olup, herhangi bir suç tanımı karşısında tipiklik arz etmeyen fiil hakkında hukuka aykırılık bakımından bir değerlendirme yapmaya da ihtiyaç yoktur; tipik olmayan fiil ceza hukukunda önem taşımaz. Bu bağlamda tipiklik, hukuka aykırılığa varlık temeli kazandırır; aynı zamanda hukuka aykırılığın pozitif koşulunu oluşturur⁴³. Bununla birlikte, tipiklik; fiilin hukuka aykırılığı ve maddi haksızlığı hakkında kesin bir yargı ortaya koymaz; fiilin hukuka

³⁹ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 22 kn. 49 f.; **Jescheck / Weigend**, s. 295; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 415 ff.; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 15 kn. 12; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 238.

⁴⁰ **Ebert**, s. 28; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 1.

⁴¹ **Roxin**, AT/1 § 14 kn. 1, 3, 71; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 16 kn. 18; **Ebert**, s. 29; **Gropp**, AT § 6 kn. 2 ff.; **Murmann**, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 12 kn. 6 ff.

⁴² **Mezger**, Edmund, Strafrecht, Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949, s. 179 f.; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 13; **Ebert**, s. 29; **Gropp**, AT § 6 kn. 2 ff.; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 372; **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 257; **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 303; **Alacakaptan**, Uğur, Suçun Unsurları, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 97.

⁴³ Hukuka aykırılık unsurunun pozitif koşulu tipiklik ile tamamen örtüştüğü için, suç teorisinde ayrıca incelenmez. Suç teorisi, hukuka aykırılık unsuru bağlamında negatif koşulu oluşturan hukuka uygunluk nedenlerini ele alır. İşte, hukuka aykırılık öğretisinin sadece hukuka uygunluk nedenlerinden ibaret görülmesi biçimindeki algı, bunun bir sonucudur (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 29; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 7).

aykırılığına sadece karine teşkil eder (die Tatbestandsmäßigkeit als Indiz der Rechtswidrigkeit)⁴⁴.

Hukuka aykırılık unsuru tipiklikle ilintili olmakla beraber; ondan bağımsız olarak suçun (haksızlığın) yapısında yer almaktadır. Çünkü, hukuka aykırılık unsuru tipiklik ile tamamen örtüşmez; fiilin tipikliği her zaman hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Fiil, tipik olmasına rağmen hukuka aykırı olmayabilir. Fiil hakkında tipikliğin ihtiva ettiği değersizlik yargısını (Unwerturteil) tam tersine çeviren, yani nötralize eden ve fiilin hukuk düzeni nazarında kabul edilebilir bir vakıa olarak görünmesini sağlayan, suçun yasal tanımında yer alması da hukuken önemli değer içeriğine sahip koşullar bulunabilir. Bu koşulların eşlik ettiği tipik fiil, hukuka aykırı olarak nitelendirilemez; bunlar, hukuka uygunluk nedenlerdir⁴⁵. Tipik fiil, ancak bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması kaydı ile “haksızlık” özelliğini kazanır⁴⁶. Bu nedenle, hukuka aykırılık sorunu, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması şeklinde negatif olarak ortaya konmalıdır⁴⁷. Belirtilmesi gerekir ki, hukuka uygunluk nedeninin varlığı, tipik fiilin bir hukuki menfaati ihlal etmiş olduğu gerçeğini bertaraf etmez; sadece buna izin verir (izin normu / Erlaubnistatbestand)⁴⁸.

5. HUKUKA AYKIRILIK UNSURUNUN İÇERİĞİ

Hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) ve haksızlık (Unrecht) kavramları çoğu kez birbiri yerine kullanılsa da, aslında farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk normu ile çelişmesidir; haksızlık ise hukuka aykırı olarak değerlendirilen davranışın bizatihi kendisidir⁴⁹. Haksızlık, suçun hukuki açıdan ifade ettiği değersizlik içeriği

⁴⁴ **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 121 f.; **Ebert**, s. 28, 64; **Gropp**, AT § 6 kn. 1, 10; **Heinrich**, AT kn. 310; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 1; **Krey / Esser**, AT § 10 kn. 261; **Kühl**, AT § 6 kn. 2; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 300; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 92; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 251; **Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, Mehmet Nihat / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar / **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 287.

⁴⁵ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 28; **Bringewat**, kn. 463.

⁴⁶ **Roxin**, AT/1 § 14 kn. 1, 3, 71; **Kühl**, AT § 6 kn. 3; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 16 kn. 18; **Bringewat**, kn. 463; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 300; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 301.

⁴⁷ **Jescheck / Weigend**, s. 247.

⁴⁸ **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 4; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 8 kn. 271 f.

⁴⁹ **Jescheck / Weigend**, s. 233; **Ebert**, s. 29; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 299; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 286-287, 289.

olup; yoğunluğuna göre bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkündür⁵⁰. Hukuka aykırılık fail değil, fiil hakkında bulunulan değersizlik yargısıdır ve objektif nitelik taşır⁵¹. Bir fiil, ya hukuka aykırıdır ya da uygundur; hukuka aykırılığın yoğunluğundan, yani az veya çok şeklinde derecelendirilmesinden söz edilemez⁵². Hukuka aykırılığın esası, fiilin emir ya da yasak normunu ihlal etmesi, bir başka ifade ile kişinin emir ya da yasak normunun içinde mündemiç yapma ya da yapmama şeklindeki yükümlülüğüne aykırı davranmasıdır. Bu durumda, fiil hukuka aykırıdır⁵³. Hukuka aykırı oluş, fiilin hukukun icaplarına uygun düşmediğinin, yalnız ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde olduğunun tespitinden başka bir şey ifade etmez^{54,55}. Fiilin suç tanımı karşısında tipiklik arz etmesi ile birlikte norm

⁵⁰ **Ebert**, s. 29; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 94-95.

⁵¹ **Jescheck / Weigend**, s. 233; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 14 f.; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 286-287.

⁵² **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 kn. 8; **Ebert**, s. 29; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 299-300, Özgenç’e göre hukuka aykırılığın kusurluluk gibi bir derecelendirmeye tabi tutulup tutulamayacağı hususundaki tartışmanın temel nedeni hukuka aykırılık ve haksızlık kavramlarının birbirine karıştırılmasıdır. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni ile çeliştiğinin tespitinden başka bir anlam ifade etmez. Dolayısıyla, hukuka aykırılığın bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkün değildir. Örneğin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir bir yaralama fiilinin (TCK m. 86/2), daha ağır bir yaralamaya nazaran daha az hukuka aykırı olduğu söylenemez. Ancak, her iki yaralama fiili arasında haksızlık muhtevası bakımından fark vardır. Fiilin ifade ettiği haksızlık, nicelik itibarı ile derecelendirmeye tabi tutulabilir; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 94; **Koca / Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 253; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 301; **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 282.

⁵³ **Mezger**, s. 163 f.; **Jescheck / Weigend**, s. 233.

⁵⁴ Tipik fiil hakkındaki hukuka aykırılık değerlendirilmesi tüm hukuk düzeni dikkate alınmak suretiyle yapılır. Bu, “*hukuk düzeninin teklifi ve birliği*” ilkesinin bir gereğidir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeninin tüm alanlarında (örneğin medeni hukuk, idare hukuku, ceza muhakemesi hukuku vs.) yer alabilir. Bu nedenler sadece ilgili oldukları alanda değil, ceza hukuku alanında da fiilin hukuka aykırılığını bertaraf ederler. Bir hukuk disiplininde fiile izin veren bir normun varlığı, fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kılar. Diğer taraftan, kaynağının sınırsız olması nedeniyle, tüm hukuka uygunluk nedenlerinin kanunlarda düzenlenebilmesi mümkün değildir. Sosyal ilişkiler ve toplumda geçerli olan değer tahayyüllerinin değişmesi ile birlikte yeni hukuka uygunluk nedenleri ortaya çıkabilir veya mevcut bir hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkabilir yahut kapsamı daralabilir ya da genişleyebilir. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenleri için yasal bir düzenleme gerekli değildir. Kanun yanında geleneklerden, hukukun genel ilkelerinden kaynaklanabilir. Bu, “*nullum crimen sine*

ile korunan hukuki menfaat de ihlal edilir. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, bunu değiştirmez; yani hukuki menfaatin ihlal edilmediği anlamına gelmez ya da bunu bertaraf edici bir etki doğurmaz. Hukuka uygunluk nedeni, sadece hukuki menfaatin ihlaline izin verir (izin normu / Erlaubnisnorm) ve bu suretle tipik fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eder⁵⁶. Hukuka uygunluk nedeni, kişiye başkasına ait bir hukuki menfaati

lege scripta” ilkesini ihlal etmez. Çünkü, hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırılığını bertaraf etmelerine binaen failin ceza sorumluluğuna gidilmesini önledikleri için failin lehinedirler. Suçun yapısında fiilin hukuka aykırılığını önlemeleri şeklinde olumsuz bir fonksiyon icra ettikleri için, sözkonusu ilke hukuka uygunluk nedenleri bakımından geçerli değildir. “Nullum crimen sine lege” ilkesi, fiilin tipikliğini sağlayan unsurlar bakımından geçerlidir (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 38, 45, 47 f.; **Jescheck / Weigend**, s. 327; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 25 kn. 11 ff.; **Krey / Esser**, AT § 13 kn. 449 ff.; **Bringewat**, kn. 467 ff.; **Rengier**, AT § 17 kn. 3; **Ebert**, s. 67, 69; **Heinrich**, AT kn. 312, 327 ff.; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 6 f.)

⁵⁵ Bizim de katıldığımız hukuka aykırılığın sadece şekli manada anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, kn. 689 vd.; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 299; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 106-107, “*hukuka aykırılığın biçimsel nitelikte mi yoksa maddi nitelikte mi olduğu hususu, esasında yapay bir tartışma olup, başka alanlardaki kuşkuları gidermek amacıyla yaratılan bir sorundur. Bu tartışmada can alıcı nokta, ceza hukukunda kanunda yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerine bir geçerlilik tanınıp tanınmayacağıdır. Biçimsel hukuka aykırılık dışında ayrıca bir de maddi hukuka aykırılıktan söz edilmesi, pozitif metinlerde yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını kabul etmek ve doktrinde de ifade edildiği üzere, özellikle mağdurun rızasının hukuka uygunluk etkisini açıklamak çabasıyla kaynaklanmaktadır. // ... maddi hukuka aykırılığı tespit etmek için pozitif hukukun dışında bulunabilecek her ölçü, açık olmayacağı gibi, siyasi amaçlara alet edilmek gibi bir sakıncayı da beraberinde getirmektedir.*”; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 287, “*Bu ayrıma katılmıyoruz. Kanımızca bir fiilin suçla korunan menfaati gerçekten ihlal etmiş olup olmadığı ancak bir yorum yöntemi olarak kabul edilebilir. Bu da fiilin kanunkoyucu tarafından neden tipleştirildiği ve bununla güdülen amacın ne olduğunun saptanması bakımından değer taşıyabilir. Ama fiili suç olmaktan çıkarmaz. Olsa olsa cezanın tayini bakımından cezayı şahsileştiren bir araç olarak kullanılabilir*”; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 366-367.

⁵⁶ **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 8 kn. 271 f.; **Bringewat**, kn. 464; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 4; **Ünver**, s. 971, “*suç teşkil eden haksızlık, yalnızca hukuken izin verilmeyen hukuksal değer ihlalleridir. Tipik bir davranış varolmakla birlikte, hukuksal değer ihlaline hukuk izin vermiş ise, haksızlığı ortadan kaldıran bir neden var demektir. ... bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, hukuksal değer ihlali varolsa dahi, tipik haksızlığı ortadan kaldırır. // Hukuksal değer ve hukuka aykırılık kavramları ilk bakışta herhangi bir bağlantı içinde görünmemektedirler. Mutat olduğu üzere, bu iki*

ihlal etme yetkisini (Eingriffsbefugnisse) vermekte olup; hukuki menfaat sahibi bu ihlale katlanmakla yükümlüdür (Duldungspflicht). Örneğin, bir hakkı üzerinde tasarrufta bulunan kişinin rızası bakımından da bu durum geçerlidir⁵⁷. Buna göre, “korunan hukuki menfaatin ihlali” şeklinde yalnız olarak hukuki menfaat ile ilişkilendirilerek tanımlanan maddi anlamda hukuka aykırılık (materielle Rechtswidrigkeit)⁵⁸ kavramının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Hukuka aykırılık, aynı zamanda maddi bir öze, yani içeriksel bir anlama sahip olsa da; norm ile korunan hukuki menfaatle ilişkilendirilemez. Zira fiilin tipikliği ile normla korunan hukuki menfaat de ihlal edilmiş olur. Hukuki menfaat, hukuka aykırılık unsuru ile değil; tipiklik unsuru ile alakalıdır. Hukuki menfaat suç tanımının yapılmasına, yani haksızlığın sınırlarının çizilmesine, bu suretle de suç tanımında yer alan unsurların yorumuna hizmet ederken; hukuka aykırılık hukuki menfaati ihlal eden tipik fiilin haksızlığının belirlenmesine yöneliktir⁵⁹. Hukuka aykırılığın maddi içeriği, ancak tipik fiilin ifade ettiği

kavram farklı yerlerde ele alınır. Hukuksal değer belirlenmesi suç tipinin yorumuna hizmet etmektedir. Hukuka aykırılık araştırması ise, haksızlığın belirlenmesine hizmet etmektedir.”

⁵⁷ **Murmann**, AT § 15 kn. 1 f.; **Bringewat**, kn. 466, Katlanma yükümlülüğünün en önemli sonucu, hukuki menfaati ihlal edilen kişinin –koşullarına uygun olması kaydı ile– sözkonusu müdahalenin haklı olmasına binaen buna karşı koyma, yani savunma hakkının bulunmamasıdır.

⁵⁸ **Jescheck / Weigend**, s. 234, Hukuka aykırılık fiil ile norm arasındaki ilişki biçiminde yalnız olarak şekli anlamda anlaşılabilir; aynı zamanda içeriksel bir anlama da sahiptir (maddi anlamda hukuka aykırılık / materielle Rechtswidrigkeit). Maddi anlamda hukuka aykırılık, somut olayda fiilin ilgili norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmesidir. Maddi anlamda hukuka aykırılığın tespitinde, kanun koyucuyu fiili suç olarak tanımlaya sevk eden mülahazalar dikkate alınmak suretiyle fiilin bu kapsamda yer alıp almadığı araştırılır. İhlal, suçun konusuna zarar verilmesi, örneğin bir insanın öldürülmesi yahut başkasına ait bir mala zarar verilmesi şeklinde doğal anlamda anlaşılabilir; norm ile korunan düşünsel değere karşı çıaktır (hukuki menfaat ihlali / Rechtsgutsverletzung); Aynı yönde bkz. **Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 214-215.

⁵⁹ Tipiklik unsuru bakımından, hukuki menfaat korumasındaki menfaat eksikliği ilkesi (mangelndes Interesse am Rechtsgüterschutz) hakimdir. Buna karşılık hukuka uygunluk nedenlerinde, çatışan hukuki menfaatlardan hangisinin daha ağır bastığı (das Prinzip des überwiegenden Gegeninteresses) esas alınan ölçüdür (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 51 f.).

Kanaatimizce “ratio legis” tipiklik unsuru bakımından hukuki menfaatin korunmasında menfaat eksikliğinin belirlenmesinde bir yorum aracı olarak kullanılabilir. Fiilin suç olarak tanımlanmasında güdülen amaca, kanunun esas

haksızlığı nötralize eden, yani bunu bertaraf eden bir etki gösterebilir; dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri alanında ele alınabilir. Şöyle ki; hukuka aykırılığın maddi içeriği, hukuka uygunluk nedenleri bağlamında hukuki menfaatler arasında çatışma bulunan hallerde bir hukuki menfaatin diğer bir hukuki menfaatin feda edilmesi pahasına tercih edilmesine izin vermektedir⁶⁰. Bir başka ifade ile, münferit hukuka uygunluk nedenleri, aslında hukuka aykırılığa verilen içeriksel anlamdan doğmakta; hukuka uygunluk nedenlerinin yorumlanmasında ve anlamlarının kavranmasında, maddi hukuka aykırılıktan yararlanılmaktadır. Çünkü, hukuka uygunluk, bir davranışın yasak normuna aykırı olmasına rağmen somut olayda daha yüksek değerler uğruna suçun konusu üzerinde bir zarar ya da tehlikenin hazmedilmesini ve failin güttüğü amacın onaylanamaz olmadığı anlamını taşır. İzin normunun müdahalesi sonucu hem hareketin hem de neticenin haksızlığı tamamen veya büyük ölçüde bertaraf edilmekte, yani dengelenmektedir⁶¹. Kanunkoyucu, ortaya çıkması olası menfaatler çatışmasının bir kısmını öngörmek suretiyle kanunda düzenlemiştir. Ancak, yasa ile düzenlenmiş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığında, menfaatler çatışmasında hangi menfaatin daha ağır

fikrine (ratio legis) bakıldığında fiilin bu amaç kapsamına girmediği belirlendiğinde hukuka uygun olduğu (Bu yönde bkz. İçel ve diğerleri, Suç Teorisi, s. 107; Dönmezer / Erman, C. 2, kn. 690) değil, tam tersine tipik olmadığı söylenebilir. Zira, bu durumda fiil “ratio legis” dışında kaldığı için norm ile korunması gereken bir menfaat de yoktur; menfaat eksikliği nedeniyle fiil norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli de değildir. Dolayısıyla, fiil tipik değildir. Norma aykırı olmayan davranışın tipikliğinden söz edilemez. Norma aykırılık ve hukuka aykırılık birbiri ile ilintili, ancak birbirinden farklı kavramlardır (Hukuka aykırılığı norma aykırılık olarak nitelendiren görüş için bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 214). Esasen sorun da buradan kaynaklanmaktadır. Bu sorunun kaynağı ise korunan hukuki menfaat ile suçun konusunun birbirine karıştırılmasıdır. Zira fiil hukuki menfaat değil, ancak suçun konusu bakımından bir zarar veya tehlike oluşturabilir. Şayet fiil, suç konusu üzerinde bir zarar veya tehlike oluşturmuyorsa, norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olduğu, dolayısıyla tipiklik arz ettiği söylenemez. Buna bağlı olarak, hukuki menfaatin hukuka aykırılık unsuru ile ilişkilendirilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. Hukuki menfaat, kanunkoyucunun fiili suç olarak tanımlamada referans aldığı ölçü olduğuna göre, hukuki menfaat ihlalinin bulunmadığı bir durumda, fiilin hukuka aykırı olmadığından evvel ancak norma aykırı olmadığı, yani tipik olmadığı söylenebilir. Dikkat edilirse, burada hukuki menfaatlerin çatışması değil, hukuki menfaat eksikliği sözkonusudur.

⁶⁰ Maddi hukuka aykırılığın saptanması sorununda “menfaatler dengesi kuramı” için bkz. Katoğlu, s. 58-59.

⁶¹ Jescheck / Weigend, s. 326.

bastığı belirlenmek suretiyle fiilin maddi bakımdan hukuka aykırılığı araştırılacaktır. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedenlerinin hepsinin kanunda düzenlenmesi mümkün gözükmemektedir⁶². Bir başka ifade ile, maddi hukuka aykırılık, kanunkoyucunun suç tanımı ile ulaşmak istediği amacın somut olayda daha üstün bir hukuki menfaat karşısında geri çekilmek zorunda kalması halinde, kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin kabul edilmesini sonuçlamaktadır^{63,64}. Dolayısıyla,

⁶² Bütün hukuka uygunluk nedenlerini kapsayıcı genel bir prensip koymak mümkün değildir; çünkü, hukuka uygunluk nedenlerinin her biri farklı etkenlerin kombinasyonuna dayanır (**Jescheck / Weigend**, s. 326)

⁶³ **Jescheck / Weigend**, s. 235.

⁶⁴ *5237 sayılı TCK m. 30/4 hükmünde yer alan “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.” şeklindeki düzenlemenin, hukuka aykırılık unsurunun maddi anlamda hukuka aykırılık olarak anlaşılmasının yolunu açtığı; zira hakimin somut olayda hukuka aykırılığın gerçekleştiğine kanaat getirmek için failin zarar verme, haksızlık yapma, kurallara aykırı gelme bilinci ile hareket edip etmediğini araştırmak zorunda olduğu; bu bakımdan objektif (şekli) hukuka aykırılığın yeterli olmadığı, subjektif bakımdan da hukuka aykırılığın gerçekleşmiş olmasının gerekli olduğu; bu hükmün yasada yer almayan yeni hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin kabul edilmesine sebebiyet verebileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz* (Bu yöndeki görüş için bkz. **Centel / Zafer / Çakmut**, s. 285; **Demirbaş**, Genel Hükümler, s. 260) Zira, maddi bir içeriğe sahip olsa da fiilin hukuka aykırılığının belirlenmesi tamamen objektif nitelik taşır. Hukuka aykırılık, münhasıran fiil hakkında yapılan bir değerlendirmedir. Fiil hakkındaki kınama yargısı ise kusurun konusunu oluşturur. Haksızlık - kusur ayırımı ve hukuka aykırılığın fiile ilişkin olması nedeniyle hukuka aykırılık kusurun değil, haksızlığın bir unsurudur. Hukuka aykırılık haksızlığın unsuru olmakla beraber, haksızlık bilinci bağlamında kusur ile de bağlantılıdır. Failin fiilinden dolayı kusurlu addedilebilmesi için haksızlık bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir. Failin, hukuka aykırılık bilincine sahip olması (doktrinde subjektif hukuka aykırılık şeklinde isimlendirilmektedir, bkz. **Katoğlu**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 105 vd.) kusurun bir unsuru olup; suçun varlığı üzerinde etkili yapısal bir unsur değildir. Fiilin hukuka aykırılığının tespitinde failin hukuka aykırılık bilincine sahip olup olmadığı haksızlığın yapısal unsurlarından biri olan hukuka aykırılık alanında ele alınmaz. Fail ile norm arasındaki ilişki haksızlık bilinci bağlamında kusurun bir unsurudur. Hukuka aykırılık (haksızlık) bilinci, ne tipiklik ne de hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir. Kaldı ki, kusur yeteneğini haiz olmayanlar da hukuka aykırı bir fiil icra edebilirler (**Mezger**, Strafrecht, s. 163-167). TCK 30/4 hükmündeki düzenleme, tamamen kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci ile alakalı olup; yasada yer almayan yeni hukuka uygunluk nedenlerinin kabul edilmesine sebebiyet vermesi sözkonusu değildir. Hukuka aykırılığın maddi içeriği hukuka uygunluk alanında ele alınsa da, 30/4 hükmünün yasada yer almayan yeni hukuka uygunluk nedenleri yaratacağı söylenemez. Hukuka aykırılık kavramının maddi içeriği, hukuka uygunluk

hukuka uygunluk nedenlerinin pozitif hukukta düzenlenmesi gerektiği ve sınırlı sayıda olduğu söylenemez.

Buna göre, hukuka aykırılığın maddi içeriği hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı bakımından fonksiyon icra etmektedir; bir hukuka uygunluk nedeni yoksa tipik fiil aynı zamanda hukuka aykırıdır ve haksızlık teşkil eden bir suç olarak ortaya çıkmaktadır. Somut olayda, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı, dolayısıyla fiilin hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi ise tamamen objektif nitelik taşımakta; böylece fiilin hukukun icaplarına uygun düşmediği tespit edilmektedir.

6. SUÇUN YASAL TANIMINDA YER ALAN “HUKUKA AYKIRILIK” İFADESİNİN ANLAMI

Suçun yasal tanımında yer alan “hukuka aykırılık” ve hukuka aykırılık unsuru ile ilintili olan benzer ifadelere ne anlam yükleneceği doktrinde tartışmalıdır. Tipikliğin olumsuz unsuru olduğu⁶⁵; hukuka

nedenleri ile bağlantılı olup, tamamen haksızlığın yapısı ile ilgilidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin esasını teşkil eden menfaatler çatışması, daha üstün gelen menfaat karşısında tipik fiilin ifade ettiği değersizliği bertaraf etmekte olup; bizatihi haksızlığın maddi yapısı üzerinde etki göstermektedir. Kanunkoyucu, bunların bir kısmını öngörmek suretiyle koşullarını yasada düzenlemiştir. Fail, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu hususunda yanılığında olabilir (izin yanılığı / Erlaubnisirrtum). Bu yanılığın ise, haksızlık yanılığı (TCK m. 30/4) kapsamında mütalaa edilmesi gereken bir durumdur. Çünkü, burada somut vakıya değil; münhasıran norma dayalı bir değerlendirme söz konusudur. Ancak, bu yanılığın haksızlığın yapısı ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Yani, failin bu yanılığı suç teşkil eden haksızlığın varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim, 30/4 hükmünde “cezalandırılmaz” ifadesinin kullanılması ve buna paralel biçimde CMK 223/3-d hükmünde “kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceğinin öngörülmesi bunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Failin hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu hususunda yanılığında olması, işlediği fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Fiilin hukuka aykırılığının objektif (şekli) açıdan tespiti, fail hakkındaki kusur yargısından daha önceki bir aşama olan haksızlığın yapısı ile alakalıdır. Fiilin tipikliği ve olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı (hukuka aykırılık) tespit edilmeden, kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci bağlamında, dolayısıyla 30/4 çerçevesinde bir inceleme yapılabilmesi mümkün değildir. Failin tasavvurunda gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yasada yer almayan yeni bir hukuka uygunluk nedeninin kabul edildiği anlamına gelmez.

⁶⁵ Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka aykırılık unsurunun tipikliğin olumsuz unsurunu oluşturması nedeni ile suçun yasal tanımında yer alan bu unsurlar tipikliğe dahildir. Tipikliğin negatif unsurları teorisinde, bu hususların suçun yapısındaki yerini izahta bir güçlüklerle karşılaşılmaz. Bu teoriye göre, unsurlar sadece hukuki menfaati

aykırılığın bu durumda tipikliğe dahil bir unsur özelliği kazandığı ve failin, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesinin arandığı⁶⁶; hukuka özel aykırılık olduğu ve failin kastının (kusurunun) hukuka özel aykırılığı da kapsamı gerektiği⁶⁷ yönünde görüşler ileri sürülmektedir.

ihlal eden davranış hakkında “norma aykırıdır” şeklinde soyut değer yargısını değil; aynı zamanda somut fiil hakkındaki değersizlik yargısını da kapsamaktadır (Bilgi için bkz. **Jescheck / Weigend**, s. 249).

Eleştiri: Hukuka aykırılığın tipikliğin bir unsuru olduğunun kabul edilmesi, bir başka ifade ile suçun olumsuz unsuru olduğu teorisinin benimsenmesi ve buna bağlı olarak hukuka uygunluk nedeninin fiilin tipikliğini ortadan kaldırdığı sonucuna varılması halinde, tipik olmadığı için cezalandırılmayan fiil ile hukuka uygunluk nedeninin bulunmasına binaen cezalandırılmayan fiil arasındaki değer farklılığı göz ardı edilmiş olacaktır. Bir sineğin öldürülmesi ve meşru savunma halinde bir insanın öldürülmesi aynı şey değildir. Tipik olmayan bir fiil cezalandırılmaz; zira, ceza hukuku bakımından haksızlık ifade etmemesi nedeni ile herhangi bir önemi yoktur. Buna karşılık, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olan fiil, hukuken korunan bir menfaati ihlal etmesine rağmen maddi bir haksızlık ifade etmediği için cezalandırılmaz. Genel önleme etkisi için önem taşıyan ve üzerine temellendiği normun uyarı fonksiyonu da sözkonusu değer farklılığına dayanır. İşte hukuka uygunluk nedenlerinin suçun olumsuz unsuru olduğu teorisinin benimsenmesi, normun uyarı fonksiyonun işlevsiz kalması ve genel önleme etkisinin ortadan kalkması tehlikesini ortaya çıkaracaktır (**Jescheck / Weigend**, s. 250; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 126)

⁶⁶ Bu yöndeki görüşler için bkz. **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 372-373, “*hukuka aykırılık tipikliğe ait bir unsur özelliği kazanır. Çünkü ilgili suç tipinde fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir. Hukuka aykırılığın tipikliğe ait bir unsur özelliği kazandığı bu gibi hallerde, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi aranır.*”; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 302, “*Bu ifadelerle, ilgili suç tanımında yer alan fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir. Bu suretle, Kanun koyucu, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini yani, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesini aramıştır. Başka bir deyişle, ilgili suç tanımında fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiş olan hallerde, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. // Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı durumlarda; ceza sorumluluğu için failin, işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Aksi takdirde, kastının varlığından söz edilemez.*”

⁶⁷ Hukuka genel aykırılık - hukuka özel aykırılık şeklinde ikili bir ayırım yapan görüş için bkz. **Zafer**, s. 296-298, Yazar’a göre suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “rızası olmadan” şeklinde ifadelerle yer verilen, yani hukuka uygunluk nedeninin suç tipinde özel olarak gösterildiği yahut fiili meşru kılan bir nedenin bulunmadığına genel ifadelerle işaret edildiği hallerde “*hukuka özel aykırılık*”tan söz edilir; **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 435-436, “*kasdın varlığı için, failin hukuka aykırı şekilde hareket etme bilinci gerekmemektedir. // Ancak bazı istisnai hallerde suçun varlığı için failin fiili*

Hukuka aykırılığın tek ve bütün bir kavram olduğu; suçun yasal tanımında yer verilip verilmemesine göre genel - özel şeklinde bir ayırımı tabi tutulamayacağı düşüncesindeyiz. Suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığı tanımlayıp sınırlarını belirleyen unsurlar, yukarıda açıklandığı üzere deskriptif ya da normatif nitelik taşırlar. Fakat suçun yasal tanımında, haksızlığı tüketen unsurlar dışında suç teşkil eden haksızlığın tümünü değerlendirici unsurlar (**gesamttatbewertende Merkmale**) da bulunabilir. Failin fiilinin haksızlık olarak ortaya çıkmasını sağlayan maddi vakıya ilişkin koşullar unsur (tipikliğin maddi unsurları / tipikliğin objektif unsuru) kapsamında; bu koşullar hakkındaki normatif nitelik taşıyan değerlendirme ise hukuka aykırılık unsuru bağlamında

hukuka aykırılık bilinciyle yapmış olması lazımdır. Buna doktrinde hukuka özel aykırılık adı verilir. ... Eğer failin kasdı bu bilgiyi kapsamıyorsa suç yoktur. Kanun failden bu halleri bilmesini istemiştir. Aksi halde, suç işlemiş sayılmaz.”; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 261, “Hukuka aykırılığın kanunda ayrıca belirtildiği suç tiplerine, tam olmayan suçlar denir. Bu suç tipleri ihlal edildiği zaman, hakim bu ihlalin hukuka aykırılığı da ihtiva ettiği ve hukuka aykırılığın karinesini teşkil ettiği esastan hareket edemeyecektir. Yani, hakim bu suçlarda hukuka aykırılığın varlığını ayrıca tespit etmesi zorunludur. Çünkü, bu suçlarda failin kusurunun, hukuka özel aykırılığı da kapsamaması zorunludur.”; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 217; Centel / Zafer / Çakmut, s. 291-292, “Yasakoyucu bu tür suç tanımları açısından, kastın hukuka aykırılığı kapsayıp kapsamadığının özellikle araştırılmasını istemektedir. Hukuka özel aykırılığın arandığı suçlarda, kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsadığı varsayımıyla hareket edilemez, failin hukuka aykırılığı bildiğinin ayrıca ispat edilmesi gerekir. // ... bu düzenleme şekli biçimsel ve maddi hukuka aykırılık kavramları ile de yakından ilgilidir. Bu hallerde, hakim, somut olayda biçimsel hukuka aykırılığın araştırılması ile yetinmeyip maddi hukuka aykırılığı da araştırması gerekir. Örneğin fail daha üstün menfaatleri korumak için bu tür bir fiil işlemiş ise kastın haksızlığı (hukuka aykırılığı) kapsadığını söylemek mümkün olmayacaktır.”; Dönmezer / Erman, C. 2, kn. 692-694, “Kanaatimizce, kanunun bazı maddelerinde hukuka aykırılık unsurunu ayrıca göstermesi sebepsiz olamaz. Şüphesiz ki, bu gibi hallerin dışında da hukuka aykırılık aranacak ve fiil hukuka aykırı olmadığı takdirde fail cezalandırılmayacaktır; sonuç olarak esas ve nitelik itibarıyla bu iki çeşit hukuka aykırılık arasında fark yoktur. Farkı, manevi unsur, yani kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsamına almasında bulmak gerekir. ... hukuka özel aykırılık hallerinde hakim –diğer bütün suçlarda olduğu gibi- hukuka aykırılığın varlığını aramakla yetinmeyecek, ayrıca failin bu özel aykırılığı bilip bilmediğini ve böylece hareket etmeyi isteyip istemediğini, kusurluluğunun bu unsuru da kapsamına alıp almadığını araştıracaktır ve işte bu bakımdandır ki, hukuka özel aykırılık konusu önemli olacaktır.”; İcel ve diğerleri, Suç Teorisi, s. 110-111.

Hukuka genel aykırılık - hukuka özel aykırılık ayırımı hakkında bilgi ve eleştiri için bkz. Katoğlu, s. 122 vd.

değerlendirilmelidir⁶⁸. Hukuka aykırılık, şayet tipikliğe dahil unsurlardan birini nitelendiriyor ise, sözkonusu unsura ilişkin bir özellik olmasına binaen tipiklik kapsamındadır ve failin bunu bilmemesi unsur yanılığsı (TCK m. 30/1) oluşturup kastını bertaraf eder⁶⁹. Zira, failin kastından söz edilebilmesi için, haksızlığa esas teşkil eden tipikliğe dahil bu unsurun hukuka aykırılık özelliğini bilmesi gerekir⁷⁰. Örneğin TCK 91/5'te “**hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi**” ifadesine yer verilmiştir. Buradaki hukuka aykırılık tipikliğe dahil bir unsur olan suçun konusunun bir özelliğidir ve failin organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmesi kastının varlığı için zorunludur. Bu tür suçlar, ancak **doğrudan kastla** işlenebilirler⁷¹. Ayrıca, unsuru nitelendiren hukuka aykırılık özelliğinin -bu unsur, örnekte olduğu gibi esasen deskriptif olsa dahi- onun artık normatif görünüm kazanmasına sebebiyet verdiği söylenebilir. Çünkü, hukuka aykırılık özelliğinin belirlenmesi, normlar karşısında hukuken bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Buna karşılık “hukuka aykırılık” ifadesi, haksızlığın tümünü değerlendiren bir unsur (gesamttatbewertende Merkmal) ise, hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olup⁷²; kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci için bağlama noktası oluşturur ve failin bu husustaki yanılığsı haksızlık

⁶⁸ **Jescheck / Weigend**, s. 296; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 12; **Bringewat**, kn. 462; **Heinrich**, AT kn. 316; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 135; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 6.

⁶⁹ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 12; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 30; **Puppe**, NK-StGB § 16 kn. 14; **Joeks**, Wolfgang in: MK-StGB, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 16 kn. 114; **Bringewat**, kn. 376, 462; **Heinrich**, AT kn. 321; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 135; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 6; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 21; **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 254; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 239; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 304.

⁷⁰ **Kudlich**, BeckOK-StGB § 15 kn. 7.1; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 239.

⁷¹ Aynı yönde bkz. **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 254.

⁷² Burada, temel amaç, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceğine hakim dikkatini çekmektir. Tanımında “hukuka aykırılık” ifadesine yer verilen bu suçlar bakımından, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunma ihtimali yüksektir. Kanunkoyucu, bu ifadeye yer vermekle bu hususa hakim dikkatini çekmek istemektedir. Bu nedenle, hakim bu suçlarda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır (**Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 135; **Heinrich**, AT kn. 322; **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 255; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 298; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 303).

yanılgısı (TCK m. 30/4) kapsamında ele alınmalıdır⁷³. Örneğin haberleşmenin engellenmesi (TCK m. 124/1), haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132/2), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması (TCK m. 133/3), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136), bilişim sistemine girme (TCK m. 243/1) suçlarının yasal tanımında geçen “hukuka aykırı olarak” ifadesi haksızlığın tümünü değerlendirdiği için hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olup, kast kapsamında değerlendirilmez; mesele kusur bağlamında haksızlık bilinci çerçevesinde ele alınmalıdır⁷⁴. Hukuka aykırılık ifadesinin tipikliğe mi ilişkin olduğu, yoksa hukuka aykırılık unsuru bağlamında mı ele alınması gerektiği meselesinde belirleyici kriter, bu ifadenin tüm hukuk düzeni karşısında bir değerlendirmeyi gerekli kılıp kılmadığıdır. Şayet tüm hukuk düzeni karşısında fiilin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekiyor ise, bu ifade hukuka aykırılık ile; buna karşılık, suç tipindeki belirli unsurlar bakımından kısmi bir değerlendirme yapılması ile yetiniliyor ise, tipiklik ile ilintilidir⁷⁵.

Fiilin haksızlık olarak ortaya çıkmasını sağlayan maddi vaktaya ilişkin koşullarla bir ilgisi bulunmayan, haksızlığın tümünü değerlendiren unsurların, 5237 sayılı TCK sisteminde benimsenen kusur teorisi karşısında⁷⁶ tipiklikle ilişkilendirilmesinin ve kast kapsamında mütalaa

⁷³ Jescheck / Weigend, s. 296; Roxin, AT/1 § 10 kn. 30; Puppe, NK-StGB § 16 kn. 15; Joeks, MK-StGB § 16 kn. 113 f.; Bringewat, kn. 373, 462; Heinrich, AT kn. 322; Wessels / Beulke / Satzger, AT § 5 kn. 135; Kühl, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 6; Sternberg-Lieben / Schuster, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 21; Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 255; Zafer, Genel Hükümler, s. 298.

⁷⁴ Aynı yönde bkz. Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 255.

⁷⁵ Puppe, NK-StGB § 16 kn. 16.

⁷⁶ 5237 sayılı TCK sisteminde, 30. maddedeki düzenleme dikkate alındığında haksızlık bilincinin kusurun bir unsuru olarak kabul edilmek suretiyle kusur teorisinin benimsendiği görülmektedir. TCK 30/1’de yer alan düzenlemeye göre, “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.” Aynı maddenin 4. fıkrası ise “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” şeklindedir. Her iki düzenleme ve “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” (TCK m. 21/1/c. 2) şeklindeki kast tanımı birlikte değerlendirildiğinde, kastın sadece suçun yasal tanımında yer alan objektif unsurlarla sınırlandırıldığı; haksızlık bilincinin ise, kastın değil, kusurun bir unsuru olarak kabul edildiği görülmektedir. Diğer taraftan 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesi de bunu teyid eden bir düzenleme ihtiva etmektedir. İsnad edilen suç açısından

edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁷⁷. Çünkü, bu görüşün benimsenmesi, her şeyden evvel klasik ceza hukuku sisteminde geçerli olan kast teorisine dönüş anlamına gelmektedir⁷⁸. Kast, suç teşkil eden haksızlığın subjektif unsurudur ve fiile ilişkin olup, suçun yasal tanımında yer alan objektif nitelikli unsurların fail tarafından bilinmesini ifade eder; sadece ilgili suç tipinde yer alan ve haksızlığı tipikleştiren objektif unsurlar kast kapsamında yer alır⁷⁹. Psikolojik bir olgu olan ve fail ile fiil arasındaki psikik ilişkiyi ifade eden kast, suçun yasal tanımında yer alan objektif unsurların subjektif görünüm biçimi; bir başka ifade ile, failin zihnindeki yansımadır⁸⁰. Suçun yasal tanımında yer alan objektif

failin kast veya taksirinin bulunmaması halinde verilecek olan hüküm “beraat” (CMK m. 223/2-c) iken; kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde (TCK m. 30/4) verilecek hüküm “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı”dır (CMK m. 223/3-d). Söz konusu düzenlemelerin içeriği iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, haksızlık bilincinin suç teorisindeki önemi artık tartışmasız hale gelmiştir. İkincisi ise, haksızlık bilincinin kastın değil, kusurun bir unsuru olduğu kabul edilmek suretiyle, suç teorisindeki yeri açık ve net bir şekilde yasal olarak belirlenmiştir. Haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olmadığı, kastın suçun yasal tanımında yer alan maddi unsurların fail tarafından bilinmesi şeklinde nötr bir kavram olduğu, herhangi bir değer yargısı ihtiva etmediği, bir başka ifade ile kastın “*dolus malus*” olmadığı; kusurun da suç teşkil eden haksızlığın varlığı üzerinde etkili bir unsur olmadığı yasal bir tercih olarak da ortaya konmuştur (Maurach / Zipf, AT/1 § 37 kn. 34 f.)

⁷⁷ Aynı yönde bkz. Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 255.

⁷⁸ Kast teorisi, esas itibarı ile klasik ceza hukuku siteminin temelini oluşturan nedensel hareket teorisi ve bunun dayanak teşkil ettiği psikolojik kusur kavramının bir ürünüdür. Psikolojik kusur kavramı, dış dünyada cereyan eden nedensellik süreci (tipik haksızlık) ile iradenin içeriğini birbirinden tamamen soyutlamakta; iradenin içeriğini (failin fiili ile olan içsel ilişkisi) tipik haksızlığın kapsamından çıkarmak suretiyle suçun subjektif unsuru olarak nitelendirdiği kusurla ilişkilendirmekte, kast ve taksiri kusurluluk türleri olarak değerlendirmektedir. Kast teorisi ise, psikolojik kusur kavramının uzantısı olarak, kusur türü olarak değerlendirdiği kast ve taksirin içeriğinin belirlenmesinde fonksiyon icra etmekte; haksızlık bilincini kastın bir unsuru olarak ele almaktadır. Bu teoriye göre, failin kastından söz edebilmek için, aynı zamanda hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi gerekir; bir başka ifade ile suçun yasal tanımında yer alan unsurlar dışında, aynı zamanda failin hukuka aykırılığını bilen fail, kasten hareket etme iradesini gösterebilir (*kast = dolus malus = fiil kastı + hukuka aykırılık bilinci*) (Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 2. Auflage, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976, s. 130, 135). Kast teorisi, hukuka karşı gelme bilinci ile icra edilen fiili, yani failin hukuka aykırılık bilinci ile ilgili fiili cezalandırılmaya layık görmektir. Gerek suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisizlik, gerekse hukuka aykırılık bilincinin yokluğu halinde “*dolus malus*”tan söz edilemez.

⁷⁹ Maurach / Zipf, AT/1 § 37 kn. 16; § 22 kn. 8; § 22 kn. 44 f.

⁸⁰ Maurach / Zipf, AT/1 § 22 kn. 12.

nitelikteki unsurlarla sınırlı olan kast, fiilin hukuka değerlendirilmesini ifade eden hukuka aykırılığın bilinmesini gerektirmez; bu yönü ile de haksızlık bilincinden ayrılır. Haksızlık bilinci, failin, fiilinin haksızlığının idrakinde olmasını ifade eder; ki bu husus, haksızlık teşkil eden fiilden dolayı fail hakkındaki kınama yargısını ifade eden kusur için gerekli bir unsurdur. Bu itibarla, haksızlık bilinci kastın değil, kusurun bir unsurudur⁸¹. Kast teorisi, haksızlığa ilişkin objektif unsurların bilinmesi ve fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmesini; bir başka ifade ile birbiri ile ilintili ancak birbirinden farklı olan “bilme” unsurlarının birlikte gerçekleşmesini kusurun bir türü olarak addettiği kast için şart koşmakla haksızlık bilincini isnadın konusu haline getirmekte; böylece, değerlendirme ile değerlendirmenin konusunu birbirine karıştırarak aynı kapsamda mütalaa etmektedir. Ne var ki, haksızlık bilinci kastın bir unsuru olarak isnadın konusunu değil; kasten icra edilen haksızlıktan dolayı fail hakkındaki kınama yargısının (kusurun) unsurunu oluşturabilir.

Diğer taraftan, suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren unsurların tipiklik ve bu bağlamda kast ile ilişkilendirilmesi, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurunun⁸² reddi anlamına gelmektedir. Zira, bu görüşün kabul edilmesi halinde, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının (objektif unsur) gerçekleşmesi failin bundan yararlanması için yeterli olacaktır. Hukuka aykırılık unsurunun tipiklik kapsamında ele alındığı bir durumda, hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması, yani somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleşmemesi tipikliğin olumsuz unsuru olarak (negatives Tatbestandsmerkmal) ortaya çıkar. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı, tipikliğin maddi unsurunun (objektif unsur) gerçekleşmesine engel olur ve artık failin kastı bakımından bir değerlendirme yapılamaz. Yalın olarak hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunun olayda gerçekleşmiş olmasına bakılarak - *fail bunların gerçekleştiğinin bilincinde olmadığı halde*- bir haksızlığın bulunmadığını söylemek ve failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasını sağlamak, onu ödüllendirmek anlamına gelir. Fiilin değersizlik içeriği tamamen göz ardı edilerek, sadece objektif unsurla

⁸¹ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 37 kn. 1, 16; § 22 kn. 11.

⁸² Ayrıntı için bkz. **Göktürk**, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, CHD 2015/27, s. 7 vd.

yetinilmesi suretiyle failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması yoluna gidilmemelidir.

Ayrıca, fail, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu hususunda ya da hukuken tanınan bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki sınırında yanılığ içinde olabilir (izin yanılığı / Erlaubnisirrtum = dolaylı haksızlık yanılığı / indirekter Verbotsirrtum). Bu yanılığ, haksızlık yanılığı (TCK m. 30/4) kapsamında mütalaa edilmesi gereken bir durumdur. Çünkü, burada somut vakiya değil; münhasıran norma dayalı bir değerlendirme sözkonusudur; bu yanılığın haksızlıkla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Somut vakıanın dış dünyada cereyan ediş şeklinin failin zihninde yansımaması ya da yanlış yansımaları gibi bir durum yoktur; tam aksine fail somut vakiayı zihninde doğru şekilde tasavvur etmekte; olayın dış dünyada vuku buluş şekli ile bunun failin zihnindeki resmi birbiri ile tamamen örtüşmektedir. Bu yanılığ türünün haksızlıkla doğrudan bir ilgisinin bulunmaması nedeni ile, kast üzerinde herhangi bir etkisi de yoktur; dolayısıyla, unsur yanılığı kapsamında değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir⁸³. Hukuka aykırılık bilincinin kast kapsamında ele alınması durumunda ise, bu yanılığ türü de unsur yanılığı (TCK m. 30/1) olarak nitelendirilecek ve fiilin taksirle işlenen şeklinin yasa da suç olarak tanımlanmamış olması sebebi ile failin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir. Dolayısıyla, haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olarak ele alınması, failin unsur yanılığına dayanarak ceza sorumluluğundan kurtulması tehlikesini de beraberinde getirecektir⁸⁴.

⁸³ **Jakobs**, AT 11/36; **Kindhäuser**, AT § 29, kn. 6; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 11 kn. 458, 482 f.; **Rengier**, AT § 31 kn. 12; **Krey / Esser**, AT § 21 kn. 718; **Heinrich**, AT kn. 1144; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 56; **Frister**, AT 14/35; **Freund**, AT § 7 kn. 101; **Ebert**, s. 144; **Bringewat**, kn. 617.

⁸⁴ Kusur teorisinde “kusur” kavramı, kast teorisindeki (bilme prensibi) farklı olarak sorumluluk prensibine (Verantwortungsprinzip) dayanmaktadır. Sorumluluk prensibine göre, insan, idrak yeteneği ölçüsünde fiilin icrasına ilişkin kararının hukuka uygunluğundan sorumludur. Birey, hukuk toplumunun bir üyesi olarak hukuk düzeninin gereklerine uygun davranmak, bu düzenin haksızlık olarak öngördüğü davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Bu sorumluluk, bireyin açık bir şekilde haksızlık oluşturduğunu bildiği davranışlardan kaçınma yükümlülüğü ile sınırlı olmayıp; bireye, fiilin icrasına ilişkin kararının hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığı hususunda kendisini bilgilendirme yükümlülüğünü de yüklemektedir. Bir başka ifade ile, birey, davranışının hukuk düzeni ile uyumunu sorgulamakla mükelleftir. Dolayısıyla, birey fiilin haksızlık teşkil ettiğini fiilin icrası sırasında aktüel olarak bilmese dahi,

Açıklanan nedenlerle, suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren “hukuka aykırılık” ifadesi tipiklik ve kast ile ilişkili değildir; tipiklikten bağımsız olarak suçun diğer unsuru olan hukuka aykırılık ile ilişkilidir. Amaç, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceğine hakim dikkatini çekmek ve bunu araştırma yönünde bir yükümlülük yüklemektir. Buna göre, tipikliğin gerçekleşmesi fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil etmeyip; hakim, ileri sürülmesi dahi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmak ve hükümde buna yer vermekle yükümlüdür⁸⁵. Diğer taraftan, bu ifade, sadece suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsurunun lüzumsuz olarak tekrarından⁸⁶ da ibaret değildir; haksızlık bilinci bağlamında kusur alanında fonksiyon icra etmektedir⁸⁷. Fail fiilin icrası sırasında “*doğrudan haksızlık bilinci*” ile hareket etmeli; yani fiilin hukuka aykırılığı konusunda **kesin bilgi** sahibi olmalıdır⁸⁸. “*Olası*

bunun öngörülebilir olduğu hallerde sözkonusu yükümlülüğü ne ölçüde yerine getirdiği ile bağlantılı olarak kasten işlediği suçtan dolayı kusurlu addedilebilecektir. Kusur teorisi, sorumluluk prensibine dayanmasına binaen fiilin icrasına ilişkin kararın içeriğinin hukuka aykırı olmaması sorumluluğunu yüklemekle ceza sorumluluğunun sınırlarını bu tehlikeyi ortadan kaldırır şekilde belirlemektedir (**Welzel**, s. 162.

⁸⁵ **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 289; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 156-157; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 298; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 303; **Kangal**, Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 184-185.

⁸⁶ **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 30; **Puppe**, NK-StGB § 16 kn. 14, Suçun yasal tanımında yer verilen ve bir unsuru nitelendirmeyen “hukuka aykırılık” ifadesi, suçun genel unsurlarından biri olan hukuka aykırılığa gereksiz olarak işaret etmektedir; Türk hukukunda aynı yönde görüş için bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 303.

⁸⁷ **Jescheck / Weigend**, s. 296, Yazarlar’a göre kast, sadece haksızlık teşkil eden maddi vakiyaya ilişkin unsurların bilinmesini gerekli kılar; maddi vakiya hakkındaki değerlendirme ise hukuka aykırılık bilinci ile ilişkilidir; bu ise, kusurun bir unsurudur.; **Bringewat**, kn. 462; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 289, “*Bu suçlarda failin kusuru hukuka aykırılığı da kapsmalıdır.*”

⁸⁸ Fail, fiilin hukuka aykırılığını kesin olarak biliyor ise; bu, hukuk normundan ve onun maddi değer içeriğinden kaynaklanan yükümlülük çağrısının faille ulaştığı anlamına gelmektedir; ki bu somut hukuki yükümlülük, haksız davranışı icra etmekten kaçınmak yönünde bir motivasyon oluşturur. Fail, fiilin hukuka aykırı olduğu bilincinde ise, normun, hukuki menfaatin ihlal edilmemesi gerektiği yönündeki yükümlülük çağrısı da gerçekleşmiş olur. Fail, buna rağmen hukuka aykırı fiili icra eder ise; fail, sözkonusu hukuki yükümlülüğe aykırı şekilde hukuki menfaatin ihlaline ilişkin bir iradi karara dayanmaktadır. Fail, sözkonusu yükümlülük çağrısını dikkate almaması, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmasına rağmen yükümlülüğüne aykırı şekilde hukuki menfaati

haksızlık bilinci (das bedingte Unrechtsbewusstsein)”nin varlığı, bir başka ifade ile failin fiilin hukuka aykırılığı hususunda şüphe içinde olması tam kusurlu addedilmesi için yeterli değildir⁸⁹. Fail, fiilinin hukuka aykırılığı hususunda **şüphe** içinde ise haksızlık yanılığsı içinde olduğu kabul edilmelidir⁹⁰. Yanılığsıya ilişkin ortaya çıkan sorunların çözülmesi, ancak sözkonusu ifadenin hukuka aykırılık unsuru kapsamında ele alınması ve failin bu husustaki yanılığsısının haksızlık yanılığsı kapsamında değerlendirilmesi ile mümkündür⁹¹. Failin kusurlu addedilebilmesi için doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmesinin gerektiği bir durumda ise, suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı, ancak doğrudan kastla işlenebileceği hususunda bir tereddüt yoktur.

5237 sayılı TCK’daki bazı suç tanımlarında (112/1, 113/1, 114/2, 115/2, 117/1, 118/2, 123, 223/1, 223/3, 224/1, 235/2-c) fiilin “*cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla*” icra

ihlal etme yönünde bir iradi karar alması nedeniyle kusurludur. Bir başka ifade ile, haksızlık bilincinin sözkonusu davranışı icra etmekten sakınmak yönünde oluşturduğu motivasyonun fail tarafından reddedilmesi ve bu motivasyona rağmen hukuki menfaatin ihlali yönündeki iradi karar, kusura esas teşkil etmektedir (**Rudolphi**, Hans Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1969, s. 120).

⁸⁹ Alman doktrininde hakim olan görüşe göre, haksızlık bilinci, kural olarak hukuka aykırılık bilgisinin kesinliği ile sınırlanmaz. Olası haksızlık bilinci de, failin tam kusurlu addedilebilmesi için yeterlidir (bkz. **Rudolphi**, s. 118). İşte suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren “hukuka aykırılık” ifadesi bu açıdan önem taşımaktadır. Bu tür suçlarda failin kusurlu addedilebilmesi için, olası haksızlık bilinci yeterli olmayıp, doğrudan haksızlık bilinci ile davranması şarttır.

⁹⁰ Bu durumda, haksızlık yanılığsı “*kaçınılabılır*” niteliktedir. Kaçınılabılır haksızlık yanılığsı içinde bulunan fail hakkındaki kusur yargısı, farklı bir içeriğe sahiptir. Bu durumda, failin, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmaması belirleyicidir. İhlal edilen normdan kaynaklanan yükümlülük çağrısı faile ulaşmamaktadır. Failin fiilin icrasına ilişkin vermiş olduğu iradi karar, somut hukuki yükümlülüğe uygun ya da aykırı davranmak yönünde bir karar ihtiva etmemektedir. Fail, bizatihi fiilin hukuka aykırılığını idrak etme yeteneğine sahip olması, dolayısıyla da hukuka aykırı davranıştan sakınma imkanına sahip olması nedeniyle kusurlu addedilmektedir. Burada maddi kusur içeriği, hukuki menfaatin ihlali yönündeki iradi karara değil; tam aksine failin hukuka aykırılık bilgisini edinmedeki ihmaline dayanmaktadır; ki bu hukuka aykırılık bilgisi, hukuki yükümlülüğe uygun davranma yönünde iradi karar vermesini mümkün kılabilir idi (**Rudolphi**, s. 120 f.). 5237 sayılı TCK sisteminde kaçınılabılır haksızlık yanılığsı halinde, hakime cezada indirim yapma konusunda bir takdir yetkisi tanınmış değildir. Bu husus, sadece cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.

⁹¹ **Jescheck / Weigand**, s. 248.

edilmesi aranmaktadır. Bu suçlar, bir taraftan **seçimlik (alternatif) hareketli**; diğer taraftan “hukuka aykırı başka bir davranışla” ifadesi kullanılarak **serbest hareketli suç** olarak düzenlenmiştir. Bir suçun serbestli hareketli olarak düzenlenmesi, belirlilik ilkesi bağlamında suçta kanunilik ilkesinin ihlal edildiği anlamını taşımaz. Örneğin ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye yahut ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek (TCK m. 235/2-c) ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. İhaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engelleme şeklindeki fiil “cebiri veya tehdit kullanmak” suretiyle icra edilebileceği gibi, bunun dışında kalan başka hukuka aykırı davranışlarla da işlenebilir. Fiilin ne olduğu açıkça belirtildikten sonra, tek tek hangi davranışlarla icra edilebileceğinin belirtilmesine gerek yoktur. Verilen örmekte, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin hangi davranışlarla ihaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenebileceğinin önceden belirlenerek tek tek sayılması kanun yapma tekniğine de uygun değildir. Her şeyden evvel, kanunda belirtilmeyen, ancak korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli başka davranışların kanunilik ilkesi gereği suç tanımının dışında kalma tehlikesi ortaya çıkar ki; fiilin kanunda belirtilmeyen hareketlerle icra edilmesinin tercih edileceği ve bunun da hukuki menfaatin korunması bakımından büyük bir risk yaratacağı aşıkardır. Suçların bir kısmının serbest hareketli olarak düzenlenmesinin özündeki düşünce de budur. Suçlar, korunan hukuki menfaat gözetilerek bağlı hareketli olarak düzenlenebilecekleri gibi; serbest hareketli olarak da düzenlenebilirler.

Buradaki “hukuka aykırılık” yukarıda değinilen suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren (gesamtatbewertende Merkmale) bir unsur olmayıp, münhasıran fiilin icra edilebileceği davranışın bir özelliğidir. Suç tanımında “*cebiri veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla*” ibaresi kullanılmaksızın, sadece “*ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek*” biçimindeki ifade, haksızlığı tanımlamada, yani sınırlarını belirlemede yetersiz kalmaktadır. Böyle bir ibare suç tanımında kullanılmamış olsa idi, hukuka aykırılık teşkil etmeyen davranışlarla da fiilin icra edilmesinin önü açılmış olur idi ki; bunun, hukuk düzeni ile bağdaşmayacağı açıktır. Dolayısıyla, burada kullanılan hukuka aykırılık;

suçun hukuka aykırılık unsuru değil, tipiklik unsuru kapsamında değerlendirilmelidir. Failin kastından söz edebilmek için, davranışının bu özelliğini bilmesi gerekir. Buna bağlı olarak, bu suçlar ancak **doğrudan kastla** işlenebilirler. Fail, gerçekleştirdiği davranışın hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa, yukarıda verilen örnekte ihale ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engelleme fiilini kasten icra ettiğinden söz edilemez (unsur yanlılığı, TCK m. 30/1). Fail, mağdurun ihaleye katılmasını engellemek için hukuka aykırı (haksız) olmayan bir davranış gerçekleştiriyor ise fiil tipik değildir, yani suç oluşturmaz. Failin, yanlılığa düşerek bu davranışının hukuka aykırı olduğu düşüncesi ile hareket ettiği halde ise, mefruz suç bulunup; failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir.

Bu suçlarla bağlantılı olarak ortaya çıkan diğer bir sorun ise, fiilin dayalı olduğu hukuka aykırı davranışın aynı zamanda suç teşkil ettiği bir durumda suçlar arasındaki içtima ilişkisinin belirlenmesidir⁹². Bu konuda genel ve kesin bir kural koymak mümkün gözükmemektedir; sorun, her somut olayda hukuka aykırı davranışın hangi suçu oluşturduğuna göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Örneğin, bir ihaleye katılmak için aranan yeterlik belgesini almak amacıyla ilgili kamu kurumuna başvuruda bulunan kişiye, yeterlik belgesi verilmesine engel hiçbir hal bulunmamasına rağmen ihaleye katılmasını engellemek için kurum görevlisi tarafından bu belgenin vaktinde verilmemesi durumunda⁹³, hem ihaleye fesat karıştırma suçu (TCK m. 235/2-c) hem de görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257/2) oluşur. Her iki suç arasında asli norm - tali norm şeklindeki görünüşte içtima ilişkisinin bir türü olan özel norm - genel norm ilişkisi bulunmaktadır; özel normun önceliği ilkesi gereği kamu görevlisi sadece ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu tutulacaktır.

Failin, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan mağduru, örneğin hürriyetinden yoksun kılmak suretiyle ihaleye katılmasını engellemesi halinde ise, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 109) ve ihaleye fesat karıştırma suçu (TCK m. 235/2-c)

⁹² Bu suçlarda, fiilin cebir veya tehdit şeklindeki alternatif harekete dayalı olarak icra edilmesi durumunda, suçlar arasında bileşik suç (TCK m. 42) şeklindeki görünüşte içtima ilişkisinin bulunduğu bir şüphe yoktur.

⁹³ Örnek için bkz. **Özgenç**, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 52, dn. 39.

oluşmaktadır. Tek bir fiilin iki farklı suç tipine sebebiyet vermesi nedeni ile farklı nevi'den fikri içtima ilişkisi sözkonusu olup⁹⁴; fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulmalı (TCK m. 44), bu husus temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun dışında, bazı özel düzenlemeler gereğince suçlar arasında gerçek içtima kuralının uygulanması gerekebilir (TCK m. 212). Failin, sözgelimi belgede sahtecilik suçunu (TCK m. 204 veya 207) işlemek suretiyle mağdurun ihaleye katılmasını engellemesi durumunda, her iki suçtan da sorumlu tutulması gerekecektir. Görüldüğü üzere, hukuka aykırı davranışın hangi suçu oluşturduğuna göre, suçlar arasındaki içtima ilişkisi her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

7. SUÇUN YASAL TANIMINDA İLGİLİNİN RIZASININ YOKLUĞUNUN İFADE ETTİĞİ ANLAM

İlgilinin rızasının⁹⁵ suçun yapısındaki yeri konusunda doktrinde ileri sürülen görüşlerden hangisinin benimsendiğine göre, suçun yasal tanımında rızanın yokluğuna yüklenen anlam da farklılık arz etmektedir. Bu konu üzerinde doktrindeki tartışmalar esas itibarıyla iki görüş (monist teori - düalist teori) etrafında şekillenmektedir. Bu tartışma, özellikle suçun manevi unsuru olan kastın kapsamının belirlenmesi ve yanılığ bakımından önem taşımaktadır.

a. Rızanın Tipiklik Unsuru Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü (Monist Teori)

Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı, tüm suçlar bakımından tipiklik unsuru üzerinde etkili olduğu görüşü, Alman ceza hukuku doktrininde özellikle Roxin tarafından savunulmaktadır⁹⁶. Roxin'e göre; rıza, esas itibarı ile norm ile korunan hukuki menfaat ile ilintili bir sorundur. Rızanın tipikliği bertaraf edici etkisi, münhasıran fiilin sosyal uygunluğu (Sozialadäquanz) ile açıklanamaz; tam aksine kaynağını öncelikle anayasa ile güvence altına alınmış olan hareket serbestisinde (Handlungsfreiheit) bulur ki; bu serbesti, bireyin kendisine ait hukuki

⁹⁴ Ayrıntı için bkz. **Göktürk**, Neslihan, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

⁹⁵ İlgilinin rızası Roma hukukunda da kabul edilmekte idi (Ulpian, D. 47. 10. 1. 5): "*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat (mağdurun rızası ile gerçekleşen şey haksızlık değildir)*". Romalı hukukçu Ulpian'ın bu cümlesi, daha sonra "*volenti non fit iniuria*" şeklinde hukukun genel bir ilkesi haline almıştır (bkz. **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 1).

⁹⁶ Monist teorisinin Alman ceza hukukundaki diğer bir temsilcisi bkz. **Schlehofer**, Horst, in: MK-StGB, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, Vor §§ 32 kn. 126 ff.

menfaatler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesini de kapsar. Bireyin kendisine ait bir hukuki menfaat üzerinde tasarruf yetkisini kullanmasına dayalı olarak icra edilen fiilin, norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmesi mümkün olmadığı için tipiklik unsuru da gerçekleşmez. Hukuki menfaat ile bu menfaat üzerindeki tasarruf yetkisi ayrılmaz bir bütündür. Örneğin mülkiyet hakkı, hak sahibinin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini kullanması ile icra edilir; tasarruf yetkisi olmaksızın mülkiyet hakkının varlığı tek başına bir anlam ifade etmez. Kişi, malının tahrip edilmesine rıza gösteriyor yahut bunu talep ediyor ise, bu fiil mülkiyet hakkını ihlal etmez; aksi düşünce suçun konusu ve normla korunan hukuki menfaatin birbirine karıştırılmasının bir sonucudur. Suçun konusuna zarar verilmekle beraber; bu fiil, mülkiyet hakkına bir saldırı oluşturmaz. Benzer şekilde, kasten yaralama suçunun konusunu oluşturan vücut ancak ruh ile anlam kazanır. Örneğin, estetik bir cerrahi müdahale, kişinin vücut dokunulmazlığına bir saldırı olarak nitelendirilemez; tam tersine bireyin maddi ve dolayısıyla manevi varlığını geliştirmesine hizmet eder. Dolayısıyla suçun konusu ve bu konu üzerindeki tasarruf yetkisi, norm ile korunan hukuk menfaatten bağımsız değildir. Hukuki menfaat, ancak hak sahibinin rızasının bulunmaması halinde ihlal edilebilir. Bir başka ifade ile, fiilin rıza hilafına icra edilmesi, hukuki menfaat ihlalinin bir koşuludur⁹⁷.

Roxin’in ileri sürdüğü bir başka gerekçe ise, tüm hukuka uygunluk nedenlerinin temel dayanağı olan menfaatler çatışmasının, dolayısıyla menfaat tartımının ilgilinin rızası bakımından mevcut olmamasıdır. Menfaatler çatışmasının sözkonusu olduğu durumda, daha yüksek değerdeki menfaatin korunması için gerekli olması koşuluyla, daha az değer taşıyan diğer menfaat feda edilmekte, onun korunmasından vazgeçilmekte ve hukuk düzenince bu durum meşru görülmektedir. Rızada ise, fiili icra eden ile fiilin icrasına rıza gösteren kişinin menfaatleri arasında bir çatışma bulunmadığı gibi; fiilin gerekliliğinden de söz edilemez. Rızanın varlığı halinde, korunması gereken bir menfaat bulunmamaktadır; bu ise hukuka uygunluk değil, tipiklik sorundur⁹⁸.

Roxin’e göre, tipikliği kaldıran rıza - hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklindeki ayırımında belirleyici bir kriter ortaya konulması ve bu

⁹⁷ **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 12-14; Aynı yönde bkz. **Schlehofer**, MK-StGB Vor §§ 32 kn. 128.

⁹⁸ **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 22.

ayırımı farklı hukuki sonuçlar bağlanması mümkün değildir. Münhasıran suç tipinde rızaya yer verilip verilmemesine göre, buna tipiklik ya da hukuka aykırılık unsurunu bertaraf eden bir etki tanınması açıklanabilir değildir. Bütün bu hallerde, rızaya binaen fiilin bir hukuki menfaati ihlal ettiği, dolayısıyla tipik olduğu söylenemez⁹⁹.

b. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza - Tipikliği Kaldıran Rıza Şeklinde İkili Ayırım Yapan Görüş (Düalist Teori)

Suç tanımının işlevine bağlı olarak, fiil kanuni tanıma uygun olduğunda norm ile korunan hukuki menfaati ihlal eder. Rıza ise, norm ile korunan hukuki menfaati ihlal eden tipik fiili hukuka uygun hale getirir¹⁰⁰. Bunun temelinde ise menfaatler çatışması bulunur. Rıza ile hukuk düzeni, menfaat sahibine fiilin sağlayacağı fayda ve vereceği zarar arasındaki menfaat çatışmasını hukuki menfaatin feda edilmesi suretiyle çözme olanağını vermekte; kişi açıkladığı rızası ile normun koruduğu menfaati feda ederek çatışan menfaatin tatmini lehine karar verdiğini göstermektedir¹⁰¹. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde, örneğin meşru savunmada menfaatler çatışması dışsal alanda ortaya çıkan bir çatışma (externe Interessenkollision) iken; rızada ise, içsel bir menfaatler çatışması (interne Interessenkollision) sözkonusudur. Başka bir deyişle, çatışan hukuki menfaatlardan hangisinin daha ağır bastığı içsel alanda yapılan bir değerlendirmedir (interne Interessenabwägung). Rıza, ilgilinin hukuki menfaatler arasında yaptığı ve subjektif nitelik taşıyan tartımını hukuk düzeninin tanıması esasına dayanmaktadır. Buna göre rıza, suçun hukuka aykırılık unsurunu bertaraf eden bir hukuka uygunluk nedenidir¹⁰².

⁹⁹ **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 24 f.

¹⁰⁰ **Gropp**, AT § 6 kn. 57; **Stratenwerth**, Günter / **Kuhlen**, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011, § 9 kn. 3; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 370; **Frister**, AT § 15 kn. 4; **Ekici-Şahin**, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 102.

¹⁰¹ Esasen, rızada yarar-zarar dengesi sözkonusu olup; korunmasından vazgeçilerek feda edilen hukuki menfaatin değeri, rıza ile elde edilmek istenen menfaatin değerinden daha azdır (**Amelung**, Knut / **Eymann**, Frieder, “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, JuS 2001/10, s. 939).

¹⁰² **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 53; AT § 17 kn. 97; Aynı yönde bkz. **Paeffgen**, Ullrich, in: NK-StGB, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, Vor §§ 32 ff. kn. 46.

Rıza, hukuki menfaat sahibine, suç tipi ile korunan hukuki menfaatin bir başkası tarafından ihlal edilmesine izin verme yetkisini vermekte olup; amaç, hak sahibine yasağa rağmen hukuki menfaati üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir alan yaratmaktır. Örneğin kasten yaralama suçu ile vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi yasaklanmakla beraber; kişi, iyileşmek ya da estetik bir görünüm kazanmak amacıyla hekimin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmasına izin vermektedir. Bu tasarruf yetkisi, esasen anayasal bir hak olan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının bir parçasıdır¹⁰³. Rızanın münhasıran tipiklik üzerinde etkili olduğu yönündeki görüş, fiilin maddi haksızlık içeriğine uygun değildir. Örneğin bir bacağın kesilmesi, hastanın rızası ile yapılmış olsa dahi vücut dokunulmazlığının ihlalidir¹⁰⁴. Tıpkı meşru savunmada olduğu gibi, vücut bütünlüğüne müdahalenin haksızlığına esas teşkil eden olgulara gösterilen rıza ile “değer” bakış açısı karşı karşıya gelir. Buradaki rıza da menfaatler çatışmasına dayanır. Hak sahibi, tıbbi müdahalenin lehine ve aleyhine olan yanlarını içsel olarak tartmak suretiyle rızaya ilişkin kararını verir. Burada, menfaatler arasındaki tartım tamamen içsel düzeydedir. Bu tartımın içsel düzeyde yapılması, hukuka uygunluk nedeninin varlığına temel teşkil eden bir menfaat çatışmasının bulunmadığı anlamına gelmez¹⁰⁵.

Kural olarak bir hukuka uygunluk nedeni olan rıza, mağdurun failin fiiline yönelik iradesinin tipikliğin objektif unsurları alanında yer almadığı suç tipleri bakımından fonksiyon icra etmektedir. Rızanın yokluğuna suçun yasal tanımında bir unsur olarak yer verilen hallerde, hukuki

¹⁰³ **Amelung / Eymann**, JuS 2001/10, s. 938 f.

¹⁰⁴ Fiilin suç tanımı karşısında tipiklik arz etmesi ile birlikte norm ile korunan hukuki menfaat de ihlal edilir. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, bunu değiştirmez; yani hukuki menfaatin ihlal edilmediği anlamına gelmez ya da bunu bertaraf edici bir etki doğurmaz. Hukuka uygunluk nedeni, sadece hukuki menfaat ihlaline izin verir (izin normu / Erlaubnisnorm) ve bu suretle tipik fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eder (**Bringewat**, kn. 464; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 4). Hukuka uygunluk nedeni, kişiye başkasına ait bir hukuki menfaati ihlal etme yetkisini (Eingriffsbefugnisse) vermekte olup; hukuki menfaat sahibi bu ihlale katlanmakla yükümlüdür (Duldungspflicht). Aynı şekilde bir hakkı üzerinde tasarrufta bulunan kişinin rızası bakımından da bu durum geçerlidir (**Murmann**, AT § 15 kn. 1 f.; **Bringewat**, kn. 466).

Diğer taraftan monist teorisi, tasarruf iradesini kullanamayacak ya da açıklayamayacak durumda olan kişiler bakımından normun sağdığı hukuki himayeyi zayıflatıcı mahiyettedir (**Ekici Şahin**, s. 88).

¹⁰⁵ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 96.

menfaat sahibinin fiilin icrasına rıza göstermesi, tipikliği bertaraf eden bir etki gösterir. Zira ilgilinin rızasının bulunmaması fiilin tipe uygun olabilmesi için bir unsur olarak öngörülmüştür; bu nedenle de hukuka aykırılık değerlendirmesinden önce gelen tipiklik kapsamında ele alınmalıdır. İlgilinin rızası varsa fiilin tipik olduğu söylenemez (tipikliğin olumsuz unsuru / negatives Tatbestandsmerkmal)¹⁰⁶. Rızanın yokluğu, tipikliğin objektif unsurudur¹⁰⁷. Bunu, hukuka uygunluk teşkil eden rızadan (Einwilligung) ayırt edebilmek için, tipikliği kaldıran rıza (das tatbestandsausschließende Einverständnis) ifadesi kullanılmaktadır^{108,109}.

¹⁰⁶ **Mezger**, Strafrecht, s. 214 f.; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 30; § 17 kn. 93 f.; **Paeffgen**, NK-StGB Vor §§ 32 ff. kn. 46; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB Vor § 32 kn. 11; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 ff. kn. 31; **Gropp**, AT § 6 kn. 59; **Heinrich**, AT kn. 440; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 112; **Jäger**, Christian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2009, § 4 kn. 135; **Kindhäuser**, AT § 12 kn. 33 f.; **Krey / Esser**, AT § 17 kn. 655 f.; **Otto**, Harro, Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2004, § 8 kn. 123 ff.; **Rengier**, AT § 23 kn. 40; **Stratenwerth / Kuhlen**, AT § 9 kn. 7 ff.; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 366 ff.; **Frister**, AT § 15 kn. 1 ff.; **Köhler**, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1997, s. 244; **Beckert**, Sandra Maria, “Einwilligung und Einverständnis”, JA 2013/7, s. 507 f.

Türk hukukunda da bu görüş hakimdir. bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 360, Yazar’a göre suç tanımında “rızası olmaksızın” ya da “rızası olmadan” gibi ibarelerin kullanıldığı hallerde, rızanın yokluğu ilgili suçun maddi unsurları bağlamında ele alınması gereken bir olumsuz unsuru oluşturmaktadır (suçun olumsuz unsurları teorisi); **Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, s. 257, “burada hak sahibi tarafından verilen rıza, hukuka uygunluk sebebi ile ilgili değildir. Bu durumda rızanın mevcut olması, hukuka uygunluğu değil, tipiklik ve tipe uygun hareketi ilgilendirir. Gerçekten, rızanın bu suç tiplerinde varlığı halinde rızasını açıklayan ile buna uygun olarak hareket eden kişi arasındaki ilişki, Ceza Hukuku dışında normal ilişkidir. Ceza Hukuku dışında gerçekleşen normal ilişkide hukuka uygunluk sebebinin varlığı veya yokluğu tartışılmaz.”; **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 274, 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 434; **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, TCK Şerhi, C.1, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 837; **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 379; **Kangal**, s. 184-185.

¹⁰⁷ **Rengier**, AT § 23 kn. 3; **Beckert**, JA 2013/7, s. 508 f.

¹⁰⁸ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 93; **Paeffgen**, NK-StGB Vor §§ 32 ff. kn. 46; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB Vor § 32 kn. 11; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 ff. kn. 31; **Gropp**, AT § 6 kn. 59 f.; **Heinrich**, AT kn. 440; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 112; **Jäger**, AT § 4 kn. 135; **Kindhäuser**, AT § 12 kn. 33 f.; **Krey / Esser**, AT § 17 kn. 655 ff.; **Kühl**, AT § 9 kn. 25, 42; **Otto**, § 8 kn. 123 ff.; **Rengier**, AT § 23 kn. 40 ff.; **Stratenwerth / Kuhlen**, AT § 9 kn. 7 ff.; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 366 ff.; **Frister**, AT § 15 kn. 1 ff.; **Jakobs**, AT

Tipikliği kaldıran rızanın teorik izahına gelince: Norm ile korunan hukuki menfaat ve kişinin o hukuki menfaat üzerindeki tasarruf yetkisi aynı şey değildir. Bir başka ifade ile, hukuki menfaat üzerindeki tasarruf özgürlüğü, norm ile sağlanan korumanın bizatihi kendisi değildir. Zira, suç tanımı, belirli hukuki menfaatler bakımından tasarruf özgürlüğünün korunmasına değil; münhasıran hukuki menfaatlerin korunmasına hizmet eder. Hukuki menfaat üzerindeki tasarruf iradesi, kural olarak normun

7/104; **Köhler**, s. 244; **Rönnau**, Thomas, “Einwilligung und Einverständnis”, JuS 2007/1, s. 18 ff.; **Beckert**, JA 2013/7, s. 507 ff.; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357.

Tipikliği kaldıran rızaya ilişkin genel bir öğretisi yoktur ve bunun ceza kanunlarının genel kısmında düzenlenmesi de mümkün değildir; bu husus, ancak her bir suç tipi bakımından özel olarak değerlendirmeye tabi tutularak tespit edilebilir (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 93; **Frister**, AT § 15 kn. 3).

¹⁰⁹ Tipikliği kaldıran rıza (das tatbestandsausschließende Einverständnis) ile bir hukuka uygunluk nedeni olan rıza (Einwilligung) arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır (bkz. **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 4 ff.; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 ff. kn. 32a ff.; **Beckert**, JA 2013/7, s. 510; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357-358): **i**) Tipikliği kaldıran rızada, ilgilinin içsel onayı yeterli olup; bunun dış dünyada açık veya örtülü şekilde açıklanması gerekmez. Bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ise, söz ya da davranışla dış dünyada algılanabilir olması şarttır. **ii**) Tipikliği kaldıran rızada, ilgilinin, fiilin icrasına doğal anlamda onay vermesi yeterlidir; yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı gibi bir nedenle bu rızasının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olması şart değildir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerli olabilmesi için ise, ilgilinin bu rızanın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Bu, menfaatler tartımında önem taşır. **iii**) Tipikliği kaldıran rızada ilgilinin sözgelimi hileli davranışların etkisiyle yanılgı içinde olması önem taşımaz. Bir başka ifade ile iradenin varlığı yeterli olup, iradeyi sakatlayan bir nedeninin varlığı rıza üzerinde etkili değildir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerli olabilmesi için ise, ilgilinin serbest iradesine dayanması, ilgilinin iradesinin herhangi bir nedenle sakatlanmamış olması şarttır. **iv**) Tipikliği kaldıran rızada, mağdurun içsel onaylaması yeterli olduğu için failin rızanın varlığını bilmemesi önem taşımaz. Mağdurun rızasının varlığı ve fakat bunun fail tarafından bilinmemesi durumunda, tipikliğin objektif unsurunun bulunmaması nedeniyle fiil tipik değildir. Buna karşılık hukuka uygunluk nedenlerinin aynı zamanda subjektif unsura sahip olduğunu kabul eden görüşe göre, bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığının fail tarafından bilinmesi şarttır. Aksi halde, rızanın hukuka uygunluk etkisi gösterebilmesi mümkün değildir; failin (tartışmalı bir konu olup, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı) ceza sorumluluğu devam eder. **v**) Tipikliği kaldıran rızada, rızanın bulunmaması ve fakat failin var olduğu kanısıyla fiili icra etmesi durumunda, unsur yanılgısı nedeniyle kastından söz edilemez. Buna karşılık, hukuka uygunluk nedeni olan rızada failin bunun koşulları hakkındaki yanılgısı, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılgı çerçevesinde değerlendirilir.

koruduğu hukuki menfaate dahil değildir. Hukuki menfaat, esas itibariyle sahibinin tasarruf iradesinden bağımsız şekilde korunmakta olup; kişinin tasarruf özgürlüğüne sahip olduğu hallerde, varlığı ile tasarrufun hem bir şartını hem de konusunu oluşturur. Örneğin, kasten yaralama suçunda vücut dokunulmazlığı; mala zarar verme suçunda mülkiyet hakkı, hukuki menfaat sahibinin iradesinden bağımsız olarak korunur. Fiil, kanuni tanıma uygun olduğunda norm ile korunan hukuki menfaati ihlal eder¹¹⁰. Hukuki menfaat, soyut nitelik taşıyan esasen toplumsal bir değerdir ve birey ile bu toplumsal değer arasındaki ilişkiyi ifade eder. Bu ilişkinin ihlal edilmesi, ilgilinin rızasından tamamen bağımsızdır. Norm, hukuki menfaat olarak kişi ile bu toplumsal değer arasındaki ilişkiyi korur. Zira, bireyin bu değer ilişkisi temelinde maddi ve manevi varlığını geliştirmesinde toplum da menfaat sahibidir. Somut olayda bu korumadan vazgeçilmesi, birey ile değer arasındaki bu ilişkinin korunmaya layık olmadığı anlamına gelmez¹¹¹. İlgilinin rızası, fiilin suç tanımında mündemiç olan değersizliğini ortadan kaldırmaz ve hukuki menfaat ihlali varlığını korur¹¹². Bu husus, bireyin hangi menfaatler üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğunu tespit bakımından da ayırıcı bir kriter olup; örneğin yaşam hakkı gibi yüksek değerdeki menfaatler bakımından rızaya bir geçerlilik tanınmamasının temel nedeni de budur¹¹³. Bazı değerlerin korunmasındaki toplumsal menfaat, bireyin serbest tasarruf iradesine itibar edilmesindeki menfaatinden daha üstün gelebilir. Birey rızasını açıklasa dahi, yaşam hakkının korunmasındaki toplumsal menfaat

¹¹⁰ **Gropp**, AT § 6 kn. 57.

¹¹¹ **Otto**, § 8 kn. 127.

¹¹² **Gropp**, AT § 6 kn. 57.

¹¹³ Rıza, tüm suç tipleri için uygulanma kabiliyetine değildir; sadece bireye ilişkin hukuki menfaatleri koruyan suç tipleri bakımından sözkonusu olabilir. Birey üstü hukuki menfaatleri koruyan suç tipleri, örneğin adliye aleyhine işlenen suçlar, idarenin güvenilirliğine karşı işlenen suçlar vs. rızaya elverişsizdir. Yaşam hakkı, bireye ilişkin bir hukuki menfaat olmasına rağmen rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Zira bireyin hukuki menfaat üzerindeki tasarruf yetkisi sınırsız değildir; yaşam hakkı değerlidir ve ihlalinin telafisi mümkün değildir. Bu nedenle, bireyin, kendi yaşamının bir başkası tarafından sona erdirilmesi yönündeki rıza açıklaması geçersizdir ve hukuka uygunluk etkisi göstermez (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 99 f.; **Rönnau**, JuS 2007/1, s. 19; **Amelung / Eymann**, JuS 2001/10, s. 939; **Beckert**, JA 2013/7, s. 507, 509; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 346 vd.; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, TCK Şerhi, C.1, s. 837 vd.). Nitekim TCK 26/2 hükmünde, bireyin sadece üzerinde **mutlak surette** tasarruf edebileceği hukuksal değerlere ilişkin olarak göstereceği rızaya geçerlilik tanınmaktadır.

varlığını sürdürdüğü için, bu menfaat üzerinde bireyin tasarruf yetkisinin bulunmadığı kabul edilir. Bu da göstermektedir ki, hukuki menfaatler ilgilinin iradesinden bağımsız olarak korunmaktadır¹¹⁴. Bununla birlikte, ilgilinin rızasına suçun yasal tanımında yer verilen hallerde, aynı zamanda kişinin ilgili hukuki değer hakkında karar verme serbestisi de koruma altına alınmaktadır. Bu suç tiplerinde, fiilin tipikliği için kişinin tasarruf özgürlüğünü de ihlal etmesi gerekmektedir. Kişinin normun sağladığı bu hukuki korumadan vazgeçerek fiilin icrasına rıza göstermesi bunu suç tanımının dışına çıkarmakta, yani tipikliğine engel olmaktadır. Bu durumda, norm ile korunan hukuki menfaatin ihlal edildiği söylenemez¹¹⁵.

Nitekim, bizim de katıldığımız düalist teoriye uygun olarak 5237 sayılı TCK sisteminde, ilgilinin rızası “genel hükümler” kitabında, ceza sorumluluğunun esaslarını düzenleyen ikinci kısımda, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığını taşıyan ikinci bölümde 26/2 hükmü ile bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir¹¹⁶. Madde gerekçesinde ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmemiş olsa idi dahi, TCK’nın genel hükümler kitabında 26/2 hükmünün varlığı ve düzenlendiği bölüm başlığı ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğini göstermesi bakımından yeterlidir. Aksi halde, monist teori benimsenmiş, yani ilgilinin rızası tipikliğe dahil bir unsur olarak kabul edilmiş olsa idi; ne 26/2 hükmünün varlığı ne de bazı suç tanımlarında rızaya yer verilmesinin nedeni açıklanabilir idi¹¹⁷. TCK’da, 26/2 hükmünün varlığı karşısında bazı suç tiplerinde rızaya yer verilmesi, rızanın münhasıran bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğini ortaya koymaktadır. Çünkü, rıza sadece bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olsa idi, bazı suç tiplerinde rızaya ayrıca yer verilmemesi gerekir idi.

¹¹⁴ Otto, § 8 kn. 127.

¹¹⁵ Ekici Şahin, s. 87.

¹¹⁶ TCK 26/2 hükmünün gerekçesinde, ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği açıkça belirtilmektedir: “Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir.”

¹¹⁷ Alman doktrininde monist teoriye yöneltilen eleştirilerden biri de, rızanın tipiklik kapsamında kabul edilmesi halinde, bazı suç tanımlarında buna ayrıca yer verilmesinin izah edilemeyeceğidir (Kindhäuser, AT § 12 kn. 5).

Bu sebeple, 5237 sayılı TCK sisteminde düalist teorinin benimsendiği ve buna bağlı olarak hukuka uygunluk nedeni olan rıza - tipikliği kaldıran rıza ayırımına gidilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır¹¹⁸. Suçun yasal tanımında rızanın yokluğu açıkça bir unsur olarak düzenlenmişse yahut açıkça düzenlenmemekle beraber diğer unsurların yorumundan fiilin hukuksal değer sahibinin rızasına aykırı şekilde ya da rızası olmaksızın işlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılıyorsa, rıza fiilin tipikliğine engel olur. Bunun dışındaki suç tipleri bakımından ise, rıza bir hukuka uygunluk nedenidir¹¹⁹. Rızanın tipikliğe dahil bir unsur olduğu suç tiplerinde, failin kastından söz edebilmek için ilgilinin rızasının bulunmadığını da bilmesi gerekir¹²⁰. Failin rızanın varlığı hakkındaki yanılığı, suçun maddi unsurlarında yanılığı (TCK m. 30/1) kapsamında değerlendirilmek suretiyle failin kastının bulunmadığı sonucuna varılır. Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu durumda ise, failin rızanın varlığı hakkındaki yanılığı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılığı (TCK m.30/3) kapsamında mütalaa edilir¹²¹.

8. SUÇUN YASAL TANIMINDA FİİLİN YETKİSİZ OLARAK İCRA EDİLMESİNİN veya YETKİLİ MERCIİN İZİNİN BULUNMAMASININ İFADE ETTİĞİ ANLAM

Suçun yasal tanımında, fiilin yetkisiz olarak icra edilmesi ya da yetkili merciin izninin bulunmamasının arandığı hallerde, bunun suçun maddi unsurları kapsamında mı, yoksa hukuka uygunluk nedeni olarak mı değerlendirileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır¹²². Yetkili merciin izninin¹²³ suç teşkil eden haksızlığın yapısındaki fonksiyonu hakkında

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. **Ekici Şahin**, s. 84, 89; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276.

¹¹⁹ **Rönnau**, JuS 2007/1, s. 18; **Ekici Şahin**, s. 89-90; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357.

¹²⁰ **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 369; **Ekici Şahin**, s. 99; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 358.

¹²¹ **Ekici Şahin**, s. 100-101; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276-277; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357.

¹²² **Jescheck / Weigend**, s. 368.

¹²³ İzin, idare hukuku bakımından gerekli olan geçerlilik koşullarını taşımaktadır. İdare hukukunun esaslarına göre geçerli olmayan bir izin, herhangi bir etki göstermez. Ancak bu, tipikliği bertaraf eden izin için geçerli değildir; geçersiz de olsa bir iznin bulunması yeterlidir. Hiçbir izin alınmadığı halde, idarenin fiilin icrası sırasında ya da icrasından sonra herhangi bir işlem yapmayarak buna müsamaha göstermesi fiilin tipikliğini

genel ve kesin bir kural koymak mümkün değildir. Fiilin, yetkili merciin iznini alma gerekliliği ihlal edilmeksizin cezalandırılmaya değer bir haksızlık teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Şayet yetkili merciin izni göz önünde bulundurulmadığında fiil başlı başına cezalandırılmaya değer bir haksızlık içeriğine sahip ise, bir başka ifade ile bu unsurdan bağımsız olarak fiil cezalandırılmaya layık bir değersizlik içeriği gösteriyorsa yetkili merciden alınan izin ya da ruhsat bir hukuka uygunluk nedenidir. Buna karşılık, fiil münhasıran gerekli ruhsat ya da iznin yokluğuna bağlı olarak cezalandırılmaya değer bir haksızlık muhtevasına sahip ise; yani iznin gerekliliği dikkate alınmaksızın fiil hakkında bir değersizlik yargısında bulunulmuyor yahut fiil sosyal bakımdan uygunluk arz ediyor ise tipikliğin objektif unsurudur ve iznin yokluğu fiilin tipikliğini önler. Bu, her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerektiren bir husustur¹²⁴.

Fiilin yetkili merciin iznini alma gerekliliği ihlal edilmeksizin cezalandırılmaya değer bir haksızlık teşkil edip etmediği ise, emir ya da yasakla ilişkili olarak yetkili merciin izninin hangi amaca yönelik olduğunun tespitine bağlıdır. Sadece istisnai durumlarda izin verilen tehlikeli ve istenmeyen bir davranış söz konusu ise, yani davranışın toplumsal açıdan faydalı olmadığı ya da değerden yoksun olduğu ve bu davranışa izin verilebilmesi için toplumun menfaatleri karşısında bir değer tartımının yapılması gereken hallerde, yetkili merciin izni bir hukuka uygunluk nedenidir. Buna karşılık iznin varlığı, istenen yahut en azından toplumsal sözleşmeye uygun davranışlar üzerinde daha etkin bir denetim mekanizmasının kurulması amacını güdüyor ise, iznin alınmaması tipikliğe dahil bir unsurdur¹²⁵. Son durumda, ilgili alanda faaliyet gösteren kişilerin gerekli uzmanlığa ya da yetkinliğe sahip olmalarını sağlama amacı vardır. Burada, izin alınmaksızın icra edilen davranışın haksızlığı, yetkili merciin ilgili alanda faaliyet gösteren kişinin yükümlülüğe uygun şekilde izlenebilmesine yönelik çabalarının sonuçsuz bırakılması yahut

önlemez veya fiili hukuka uygun hale getirmez (Baumann / Weber / Mitsch, AT § 17 kn. 127; Jescheck / Weigend, s. 369).

¹²⁴ Baumann / Weber / Mitsch, AT § 16 kn. 31, § 17 kn. 126; Jescheck / Weigend, s. 246; Kangal, s. 185.

¹²⁵ Jescheck / Weigend, s. 368; Roxin, AT/1 § 10 kn. 32.

güçleştirilmesidir. Bu nedenle, yetkili merciin izninin bulunmaması tipikliğe dahil bir unsurdur¹²⁶.

Örneğin, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 174. maddesinde¹²⁷ yetkili merciin izninin bulunması bir hukuka uygunluk nedenidir. Zira, toplumun güvenliği açısından tehlike arz eden ve sadece istisnai durumlarda izin verilen bir davranış sözkonusudur. Nitekim madde gerekçesinde, bu suç ile toplumun genel tehlikelere karşı korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Aynı şekilde, TCK 188/1-3, 193 ve 320/1'de düzenlenen suçlar bakımından izin ya da ruhsatın varlığı bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık, imar kirliliğine neden olma suçunun düzenlendiği TCK'nın 184/1 hükmünde yer alan “yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak” ifadesi ise, bir hukuka uygunluk nedeni değil; tipikliğe dahil bir unsurdur. Çünkü, bu alanda faaliyet gösteren şahısların gerekli koşulları haiz olmalarını sağlama amacı ön planda olup; yetkili merciin bu alanda faaliyet gösteren kişilerin yükümlülüğe uygun şekilde izlenebilmesine yönelik çabalarının sonuçsuz bırakılması yahut güçleştirilmesi mevzu bahistir. Madde gerekçesi incelendiğinde de, inşaat ve yapı faaliyetleri üzerinde denetim ve kontrol mekanizması kurulmasının amaçlandığı; bu denetim ve kontrol mekanizmasının etkili şekilde işleyebilmesi için fiilin suç olarak tanımlandığı sonucuna varılmaktadır.

Yetkili merciin izninin bulunmaması şayet tipikliğe dahil unsurlardan birini nitelendiriyor ise, sözkonusu unsura ilişkin bir özellik olmasına binaen tipiklik kapsamındadır ve failin bunu bilmemesi unsur yanılıgısı (TCK m. 30/1) oluşturup kastını bertaraf eder. Zira, failin kastından söz edilebilmesi için, haksızlığa esas teşkil eden tipikliğe dâhil unsurun bu özelliğini bilmesi gerekir. Örneğin, TCK'nın 184/3 hükmüne

¹²⁶ Jescheck / Weigend, s. 368 f.

¹²⁷ TCK m. 174- “(1) **Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın**, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. **Yetkili makamların izni almaksızın**, bu fıkra kapsamına giren maddelerin imalinde, işlenmesinde veya kullanılmasında gerekli olan malzeme ve teçhizatı ihraç eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.”

göre “Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Bu suç bakımından, yapı kullanma izninin alınmamış olması tipikliğe dahil bir unsur olan “bina”nın bir özelliğidir; dolayısıyla tipiklik kapsamında mütalaa edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Amelung, Knut / Eymann, Frieder**, “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, JuS 2001/10, s. 937-946.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2013.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner**, TCK Şerhi, C.1, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- Beckert, Sandra Maria**, “Einwilligung und Einverständnis”, JA 2013/7, s. 507-511.
- Bringewat, Peter**, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- Ebert, Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.
- Ekici-Şahin, Meral**, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Freund, Georg**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009.

- Frister**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Göktürk**, Neslihan, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Göktürk**, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, CHD 2015/27, s. 7-28.
- Gropp**, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 2005.
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Heinrich**, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012.
- Hilgendorf**, Eric / **Valerius**, Brian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Hirsch**, Hans Joachim, "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", ZStW 1981/93, s. 831-863.
- İçel**, Kayıhan / **Sokullu-Akıncı**, Füsün / **Özgenç**, İzzet / **Sözür**, Adem / **Mahmutoğlu**, Fatih S. / **Ünver**, Yener, Suç Teorisi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Jäger**, Christian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen Hamburg, 2009.
- Jakobs**, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.
- Jescheck**, Hans Heinrich / **Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kangal**, Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Katoğlu**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Kaufmann**, Arthur, Das Schuldprinzip, 2. Auflage, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976.
- Kaufmann**, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Verlag Dr. Hanns Krach, Mainz, 1949.
- Kindhäuser**, Urs, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, NJW 1984, 1568", JuS 1985/2, s. 100-105.

- Kindhäuser**, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Köhler**, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1997.
- Krey**, Volker / **Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011.
- Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012.
- Maurach**, Reinhart / **Zipf**, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992.
- Mezger**, Edmund, Strafrecht, Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949.
- Murmann**, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Otto**, Harro, Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2004.
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek**, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Özgenç**, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Rengier**, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
- Rönnau**, Thomas, “Einwilligung und Einverständnis”, JuS 2007/1, s. 18-20.
- Rudolphi**, Hans Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1969.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

- Sözüer**, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul, 1994.
- Stratenwerth**, Günter / **Kuhlen**, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011.
- Ünver**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Welzel**, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- Wessels**, Johannes / **Beulke**, Werner / **Satzger**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013.
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Zielinski**, Diethart, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Dunckner & Humblot, Berlin, 1973.
- BeckOK-StGB, 30. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016.
- Lackner / Kühl StGB, 28. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014.
- MK-StGB, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.
- NK-StGB, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.
- Schönke/Shröder StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014.

HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA TAM YARGI DAVASINDAKİ USUL VE SÜRELERİN HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yakup GÖNEN*

ÖZET

Hukuk devleti ilkesinin ve anayasal hükümlerin bir sonucu olarak idare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. İdareyi, bu zararı tazmine zorlayacak en etkili yol ise tam yargı davalarıdır. Hukuka saygılı devlet anlayışında bireylere, sadece idareye karşı dava açma hakkının tanınmış olması yeterli değildir; aynı zamanda bireylerin bu haklarını en kolay şekilde kullanabilmelerinin de önünün açılması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında da vurgulandığı gibi dava süresinin kısa olması, uygulanan usulün karmaşıklığı nedeniyle dava açma süresinin kaçırılmasını, mahkemeye başvurma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.

İdari yargı organlarınca görülen tam yargı davaları ile özel hukuktaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarından süre ve usuller açısından çeşitli farklılıklar öngörülmüştür. Adli yargıda hakkı ihlal edilenler doğrudan tazminat davası açabilirken idari eylemlerden kaynaklanan hak ihlallerinde dava açmadan önce idareye başvuru yapılması zorunlu tutulmuştur. Pratikte idarenin bu başvuruya olumlu cevap verme imkânı olmamasına rağmen idare aleyhine dava açılmasını güçleştiren zorunlu başvurunun haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Tam yargı davalarında dava açma süresi adli yargıdaki tazminat davalarına oranla çok kısa olarak düzenlenmiştir. Dava açma sürelerinin kısa tutulmasının, iptal davaları için kısmen haklı bir gerekçesi olabile de konusu parasal bir alacağı içeren idari davalarda idare lehine durum oluşturmanın hukuki ve mantiki dayanaklarının açıkça ortaya konulması gerekir.

Çalışmamızda, tam yargı davaları ile özel hukuktaki tazminat davalarını karşılaştırılarak idareye tanınan ayrıcalıkların hak arama özgürlüğüne uygunluğu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari yargıda süreler, tam yargı davası, adil yargılanma hakkı, zorunlu başvuru yolu, ön karar.

A COMPARISON OF PROSEDURE AND TERM OF LITIGATIONS IN FULL REMEDY ACTIONS WITH ACTION FOR DAMAGES THAT ARISE FROM TORTIOUS ACTS FROM THE PERSPECTIVE OF RIGHT TO LEGAL REMEDIES

ABSTRACT

The administration is liable for compensating the loss stemming from its procedure and actions as a consequence of the principles of the state of law and the constitutional

* Yrd. Doç. Dr., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (yakupgonen@gmail.com)

provisions. The most effective way, in this regard, is to compel the administration to compensate the loss in the full remedy actions. In the law-abiding rule of state, it is not adequate to give the individuals the right to file an action against the administration; facilitating the use of such rights by the individuals is also a requirement. As stressed out in the judicial precedents of the European Court of Human Rights, missing out the term of litigation because of the short term of actions and the complexity of the procedure established is considered as the violation of the right to litigate.

There are differences between full remedy actions and actions for damages caused by tortious acts in civil law in terms of times and procedures. Although, people whose rights are violated can directly open the case, it is mandatory to apply to the administration for violation of the rights caused by administrative actions. In spite of the fact that, in practice, administration does not compensate the damages, there is no valid ground for the mandatory application which makes difficult to open the case. Terms of litigations in full remedy actions are very short according to actions for damages in civil law. It is may be logical to regulate short terms of litigations for actions for annulment, however, it is necessary to explain legal and logical reasons for the regulation for benefit of administration in administrative cases about monetary claims.

In our study, full remedy actions and actions for damages in civil law will be compared, and privileges of administration will be examined according to suitability for right to legal remedies.

Keywords: Terms in the administrative procedure, full remedy action, right to a fair trial, mandatory remedy, preliminary ruling.

GİRİŞ

Hak kavramı, hukuk biliminin konusunu oluşturması bakımından, üzerinde en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Niteliği üzerinde doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte¹ hak kavramını en yalın hali ile kişilerin, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaati olarak tanımlamak mümkündür². Bu tanıma göre bir menfaatin hak olarak kabul edilmesinin en önemli sonucu, söz konusu menfaatin hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış olmasıdır. Bir menfaatin hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış olmasının en önemli sonucu ise, hakkın ihlal edilmesi durumunda, hak sahibi kişinin bu ihlale karşı yargı organı önünde dava açabilme hakkının bulunmasıdır. Dava açma hakkı, şüphesiz ki hakkı ihlal edilen kişilerin, haklarına yeniden kavuşabilmelerinin en etkili yoludur. 1982 Anayasası, “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36’ncı

¹ Hak kavramına ilişkin tartışmalar için Bkz. Halil KALABALIK, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 27-31.

² Kemal GÖZLER, **Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 396.; Hak-özgürlük kavramları arasındaki ilişki için bkz. İbrahim KABOĞLU, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 15-17; İbrahim KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, Yenilenmiş 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 13-14.

maddesinde “(h)erkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” diyerek kişilerin dava açma haklarını anayasal güvence altına almıştır.

Bir hukuk devletinde sadece kişilerin sebep olduğu hak ihlalleri değil, aynı zamanda kamu gücü kullanma yetkisine sahip bulunan ve bundan dolayı kişilerin haklarını ihlal etme olasılığı daha yüksek olan idarenin sebep olduğu hak ihlallerine karşı da dava açma hakkının tanınması gerekir³. Yani bir hukuk devletinde idare, sebep olduğu hak ihlalleri bakımından ayrıcalıklı bir konumda olmamalıdır. 1982 Anayasası 125’inci maddesinin birinci fıkrası, bu durumu göz önünde bulundurarak idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirtmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında ise idarenin kendi eylem ve işlemleriyle sebep olduğu zararı ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir. 1982 Anayasası’nın bu hükümleri dikkate alındığında, hukuk devleti ilkesinin temel bir gereği olarak⁴, idarenin kişilerin haklarını ihlal etmesi durumunda mali sorumluluğunun ortaya çıkacağı açıktır.

Bilindiği üzere, Türk hukuk sisteminde idarenin eylem ve işlemleri üzerindeki yargı denetimi “iptal” ve “tam yargı” olmak üzere iki çeşit dava aracılığı ile yapılmaktadır. İptal davaları, bir idari işlemle “menfaatleri” ihlal edilen kişilerin bu işlemin hukuka uygunluğunun yargı organları tarafından denetlenmesini talep ettiği davalardır. Tam yargı davaları ise idarenin yapmış olduğu idari işlem veya eylemle “hakları” ihlal edilen kişilerce açılan ve hakkın ihlal edilen kısmının idare tarafından tazmin edilmesini sağlayan davalardır. Çalışmada, gerek idari işlem gerekse idari eylem neticesinde idarenin sebep olduğu “hak” ihlallerinde, idari yargıda açılan davalarda, süreye ilişkin uygulanacak hükümlerin hak arama özgürlüğü çerçevesinde incelemesi yapılacaktır.

İçeriği açısından, tam yargı davalarına benzerliği nedeniyle, konusu parasal olacak olan iptal davaları da, kısmen, bu çalışmanın ilgi alanına girmektedir. Örneğin, idarenin bireyden alacağını özel hukuk hükümleri

³ Bir çalışmada da belirtildiği gibi, günümüzde, “temel hak ve özgürlüklerin kendisine karşı korunması gereken organ, geçmişte olduğu gibi, günümüzde de yürütme organı olmayı sürdürmektedir”. Bu tespit ve bunun nedenleri için bkz. Bülent ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 113-114.

⁴ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 368.; Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 154 vd.

çerçevesinde on yıllık zaman aşımı süresi içinde talep etmesi mümkün iken; bireylerin eksik ödenen maaş, harcırah vb. işlemleri karşısında idareden olan alacağı için iptal davasını altmış gün içinde açmak zorunda olması ne adil yargılanma hakkı ile ne de hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaktadır. Bunula birlikte, çalışmaya bir sınırlama getirebilme adına, iptal davalarına ilişkin süreler kapsam dışında tutulmuştur.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar göz önünde tutulacak olursa hem 1982 Anayasası'nda hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (çalışmanın bundan sonraki kısmında İYUK olarak ifade edilecektir) yer alan hükümlere göre idarenin sebep olduğu hak ihlallerinden dolayı sorumluluğunun olduğu açıktır. Kişilere Anayasa ve kanunlarla bu şekilde bir hukuki koruma sağlanması, şüphesiz ki son derece önemlidir. Bununla birlikte gerek söz konusu düzenlemelerin içeriğinde, gerekse yargısal içtihatlarla ortaya konan uygulamada önemli sorunlar göze çarpmaktadır.

Çalışmada idari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları ile özel hukuktaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarının karşılaştırması yapılarak, tam yargı davalarındaki usulün hak ihlaline sebep olup olmadığı incelenecektir. Bu bağlamda iki farklı husus üzerinde durulacaktır. Birinci husus, İYUK'un 13'üncü maddesinde düzenlenen idari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde dava açmadan önce idareye başvuru yapmanın zorunluluğudur. Özel hukukta karşılığı olmayan bu uygulamanın dava açma hakkını ihlal edip etmediği incelenecektir. Özel hukuktaki tazminat davaları ile farklılık arz eden ikinci husus ise dava açma sürelerine ilişkindir. İYUK'un 13'üncü maddesinde hakkı ihlal edilen kişinin idareye başvurma süresi ve dava açma süresinin, özel hukuktaki tazminat davalarının tabi olduğu süreden daha kısa olmasının yanında bu sürelerin farklı hukuki niteliklere sahip bulunduğu kabul edilmektedir. Adil yargılanma hakkı çerçevesinden, idari dava sürelerinin hukuki niteliği ve kısalığı üzerinde değerlendirmeler yapılacaktır.

I. SORUNUN TAKDİMİ

Temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesinde en etkili yöntemlerden birisi bu hakların yargısal yolla talep edilebilmesidir. Temel hakların en büyük ihlal edicisinin “idare organı” olduğu göz önüne alındığında idarenin denetim yolunun da yargı denetimi olduğu bir gerçekliktir. Bu durumda tüm temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olan

“hak arama özgürlüğü” bu hakların başında gelmektedir⁵. Dava açabilmenin temel koşullarından birisi de dava açma süresinin kaçırılmamış olmasıdır. Dava süresinin kısa tutulması gibi hak arama özgürlüğünün kullanımını sınırlayacak her türlü girişim etkili bir yargısal denetimin yapılamamasına yol açacaktır⁶.

Hukuk devletinde bireylere, sadece idareye karşı dava açma hakkının tanınmış olması yeterli değildir, bunun için yeterli ve ölçülü bir dava açma süresinin tanınması; bireylerin bu haklarını en kolay şekilde kullanabilmelerinin önünün açılması şarttır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dava süresinin kısa olması, uygulanan usulün karmaşıklığı ve açık olmaması nedeniyle anlaşılmasını mahkemeye başvurma hakkının ihlali olarak görmektedir⁷.

Hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olarak, idare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Kanun ve içtihatlarla öngörülenler dışında, idari işlem ve eylemlerin sebep olduğu hak ihlallerine karşı ilgililerin idari yargı organları önünde tam yargı davası açılabilceği İYUK tarafından hüküm altına alınmıştır. İdari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları, özü itibarıyla özel hukuktaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarına benzemektedir. Bu bakımdan her iki dava türünün karşılaştırılarak, tam yargı davaları ile idare lehine ayrıcalıklı bir durumun olup olmadığının tespit edilmesi önemlidir. Tam yargı davalarının, kişinin hakkına kavuşmasını sağlayıp sağlamadığını daha iyi tespit edebilmek için, benzer durumlar için özel hukukta ne gibi düzenlemelere yer verildiğini de incelememiz gerekmektedir.

Tam yargı davaları, özünde, idarenin sebep olduğu bir hak ihlali neticesinde, hakkı ihlal edilen kişiler tarafından idare aleyhine açılan davalardır. Davanın esasına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla⁸, tam yargı davaları, özel hukuktaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat

⁵ Yahya Kazım ZABUNOĞLU, “İdari Yargıda Dava Açma Süresi (2575 Sayılı İYUK’nun 10. Ve 11. Maddeleri Açısından Bir İnceleme), **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990: Birinci Kitap - İdari Yargı**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 189.

⁶ ZABUNOĞLU, **a.g.m.**, s. 191.

⁷ Sibel İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul, 2002, s. 132.

⁸ Burada maksadımız tam yargı davalarında yargılama usulü ile adli yargıdaki tazminat taleplerine ilişkin hükümler arasındaki farklılıkları ortaya koymaktır. Tam yargı davasının özünü ve esasını oluşturan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk gibi hususları bu tartışmanın dışında tutulmuştur.

davalarına benzemektedir. Her iki dava türünde de hukuka aykırı bir şekilde hak ihlali nedeniyle hakkı ihlal edilen kişiler dava açmaktadır. İki dava türü arasındaki bu benzerliğe rağmen, tam yargı davaları ile haksız fiilden kaynaklanan tazminat davaları arasında yargılama usulü, dava açma süresi gibi birçok farklı nokta yer almaktadır. Biz de çalışmanın bu bölümünde iki dava arasındaki bu farklılıkların hak ihlallerine neden olup olmadığını incelemeye çalışacağız.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesine göre "*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" Borçlar Kanunu'ndaki bu düzenlemeye göre bir fiilin haksız fiil olabilmesi için kusur, hukuka aykırı bir fiil ve zarar olmalı, ayrıca bu zararlar fiil arasında da illiyet bağının olması gerekmektedir⁹. Aynı koşullar, "sosyal risk" halinde illiyet bağının aranmaması ve kusursuz sorumlulukta kusur aranmaması hariç, tam yargı davaları için de geçerlidir denilebilir. Tam yargı davası açılabilmesi için idareye ait bir davranış, ortada somut bir zarar ve zarar ile idari davranış arasında illiyet bağının olması gerekmektedir¹⁰. Bu durumda sorulması gereken soru şudur: Özel hukuka tabi bir ilişkiden kaynaklanan hak ihlalleri ile idari faaliyetlerden doğan hak ihlallerinin farklı yargılama usullerine tabi olması idare lehine (dolayısı ile hakkı ihlal edilen kişi aleyhine) bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmakta mıdır?

Doktrinde bazı yazarlar hukuk devletini gerçekleştirebilmek için idarenin genel mahkemelerin dışında ayrı bir yargı kolu tarafından denetlenmesinin şart olduğunu ifade ederken, bazı yazarlar bu görüşün tam tersini savunarak, idarenin genel mahkemelerin dışında özel bir yargı organı tarafından denetlenmesinin hukuk devletinin ihlal edilmesi anlamına geleceğini ifade etmişlerdir¹¹. Bize göre, idarenin genel

⁹ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 516.

¹⁰ İfade etmek gerekir ki, idare hukukunda, idare sadece kusurlu hareketlerinden dolayı sorumlu değildir. "Kamu külfetleri karşısında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi" gibi bazı durumlarda idare, hiçbir kusuru olmasa dahi tam yargı davası neticesinde tazminat ödemeye mahkûm edilebilmektedir. Bununla birlikte idare kural olarak kusurlu sorumluluk esasları çerçevesinde sorumludur. Eğer idarenin kusurlu bir davranışından dolayı sorumluluğuna gidilebiliyorsa, kusursuz sorumluluk ilkeleri dikkate alınmaz.

¹¹ GÖZLER, **a.g.e.**, s. 97.

DICEY'e göre, Fransa'da olduğu gibi devlet yetkililerinin farklı bir hukuk dizinine tabi kılınması, hukuk devleti ilkesini ihlal etmektedir. Ancak HAYEK, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için mutlaka yargı birliği sisteminin kabul edilmiş olması gerektiğini savunmaz. HAYEK'e göre idari işlemlerin ayrı bir yargı organı tarafından

mahkemelerin dışında özel bir yargı kolunca veya genel mahkemelerce denetlenmesi, başlı başına hukuk devletinin ihlali anlamına gelmemektedir. Her iki sistemi de başarı ile uygulayan ülkeler mevcuttur. Ancak, idarenin özel mahkemelerce yargısal denetiminin yapılacağını düzenleyerek, bu yargı kolu aracılığı ile idareye bazı ayrıcalıklar tanıyorsa, o zaman şüphesiz ki hukuk devletinin ve idari yargının amacından sapılmış olacaktır. İdari yargı rejiminde, idari yargının temel işlevi “*idareye yardımcı olma*” veya “*idarenin yargısı olma*” değil aksine idarenin hukuka bağlı kalmasını sağlamaktır¹².

İdari yargı organlarınca görülen tam yargı davalarına için, özel hukuktaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarından farklı süre ve usuller öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, idari eylemlerden kaynaklanan hak ihlallerinde dava açmadan önce idareye zorunlu başvurunun yapılması, ikincisi de tam yargı davalarının açılma süresinin kısa tutulmasıdır. Tam yargı davaları ile özel hukuktaki tazminat davalarını karşılaştırarak, İYUK'ta yer alan düzenleme ile idareye, özel hukuktaki düzenlemenin dışında ayrıcalıklar tanınmasının haklı bir nedeni bulunup bulunmadığının ve bu durumun, hak arama özgürlüğü ile uyuşup uyuşmadığının incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

II. USULE İLİŞKİN FARKLAR: ÖN KARAR / SULH YOLUNA BAŞVURMA ZORUNLULUĞU

İYUK'un 13'üncü maddesine göre, idari bir eylemden doğan hak ihlallerine karşı idari yargı organları önünde tam yargı davası açabilmek için, hakkı ihlal edilen kişinin öncelikle ilgili idareye başvurarak ihlal edilen hakkının yerine getirilmesini istemesi gerekmektedir. İlgili kişi, ancak bu talebin idare tarafından kısmen veya tamamen reddedilmesi halinde veya altmış gün içerisinde cevap vermemesi durumunda idari yargıda tam yargı davası açabilmektedir. İdari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde tam yargı davası açmadan önce idareye başvurmaya ve cevabının alınmasına “ön karar” denilmektedir. Ön karar alınmaksızın tam yargı davası açılması durumunda ise, idari yargı organları “*idari mercii tecavüzü*”¹³ kararı vererek, dava dosyasını ilgili idareye göndermektedir.

denetlenmesi, hukuk devleti ilkesi bakımından herhangi bir ihlal doğurmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz: Zühtü ARSLAN, **Anayasa Teorisi, Seçkin Kitabevi**, Ankara, 2008, s. 23.

¹² Turan YILDIRIM, Melikşah YASİN, Nur KAMAN, H. Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 703.

¹³ “*Danıştay Kanunu'nun 72 nci maddesine göre, idari eylemden hakları ihlal edilmiş olanların, idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde beş yıl içinde, ilgili idareye*

Özel hukuktaki tazminat davalarında ve idari işlemde kaynaklanan hak ihlallerine karşı açılacak tam yargı davalarında aranmayan bu şartın, idari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde aranması acaba hak arama hürriyetinin kullanılmasını kısıtlayıcı bir düzenleme midir? Bu soruya cevap verebilmek için ön karar kurumunun neden ortaya çıktığını ve günümüzde bu kuruma ihtiyaç olup olmadığını tespitini yapmak gerekmektedir.

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki özel hukukta, dava şartı olarak ön kabul kurumuna benzer bir kurum söz konusu değildir¹⁴. Yani haksız bir fiille hakkı ihlal edilen kişi, hakkını ihlal eden kişiye hakkını yerine getirmesini talep etme şartı olmaksızın doğrudan yargı organları önünde tazminat davası açma hakkına sahiptir. Ancak hak ihlalinin idari bir eylem aracılığı ile gerçekleştirilmesi durumunda, özel hukukta bulunmayan ön karar şartı dava açmadan önce yerine getirilmesi gereken bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵. Yine aynı şekilde hak ihlaline idarenin bir eylemi değil de işlemi sebep olmuşsa (kanunda düzenlenmek şartıyla bazı istisnalar dışında), ön karar şartı aranmaksızın dava açılabilir. Özel hukuktaki tazminat davalarında ve idari işlemlerden kaynaklanan hak ihlallerinde aranmayan ön kabul şartı neden idari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde aranmaktadır? Ön karar şartının dava açma hakkını, dolayısıyla hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir kurum olup olmadığını anlamak için öncelikle bu sorunun cevaplanması gerekmektedir.

Tam yargı davası açmadan önce ön karar alma mecburiyeti, Fransız idare hukuku geleneğinin bir ürünüdür. KAPLAN'ın aktardığına göre "Fransa'da 1889 yılına kadar, ilgilinin talebi üzerine idarece verilen karar adeta ilk derece mahkemesince verilen bir karar olarak kabul ediliyordu ve söz konusu karara karşı yargı yerine yapılan başvuru da adeta bir temyiz başvurusu olarak değerlendiriliyordu. Conseil d'Etat'ın 'bakan-yargıç' teorisini terk edip kendisini ilk ve son derece yargı yeri olarak görmeye başlamasıyla birlikte, söz konusu karar da hukuksal

başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya Danıştay'da dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak..." DİBK, 15.3.1979, E. 1971/9, K. 1979/7. Kazancı Bilgi Bankası (www.kazanci.com).

¹⁴ "Özel hukuk alanında kural olarak hukuki uyumsuzluklarda dava açmak için ön karar alınması şartı bulunmamaktadır." Halit UYANIK, "Türk İdare Hukukunda Zımnî Red ve Zımnî Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXII, Sa. 1, 2014, s. 674.

¹⁵ İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinde veya "fiili yol" olarak kabul edilen hallerde, ön karar şartı aranmaksızın, adli yargıda idareye karşı tazminat davası açılabilir.

kimlik değiştirmiş ve yargısal değil fakat idari bir karar olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Ancak, Conseil d'Etat yine de bunu gerekli bir şart olarak aramaya devam etmiştir. Zira Conseil d'Etat'a göre, ilk ve son derece mahkemesi olarak kendisine yapılan başvuruların bir idari karara yöneltilmiş olması zorunluydu. Conseil d'Etat'ı böyle düşünmeye iten nedenler arasında davacının tazminat talebine hak vermek için, öncelikle İdarenin bu talebi reddeden kararının iptaline karar verilmesi ve böylece yargısal kararın sağlam bir hukuksal temele dayandırılması gerektiği düşüncesi etkili olmuştur.”¹⁶ KAPLAN'ın bu açıklamaları ışığında ön karar kurumunun temelinde, Fransa'da idari rejimin doğuşunda olduğu gibi o dönemin siyasal ve tarihi sebeplerin yattığı¹⁷ anlaşılmaktadır. Zamanla şartlar değişmesine rağmen Fransız Danıştay'ı Conseil d'Etat bu geleneğini devam ettirmiş ve ön karar kurumu günümüze kadar gelmiştir. Fransa'da ön karar kurumunun hukukiliği ve gerekliliği günümüzde hala hukukçular arasında tartışılmaya devam etmektedir¹⁸.

Ön karar kurumun Türk hukuk sistemine girişi ise 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu ile olmuştur. Bu tarihten önce yürürlükte olan 21.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu döneminde idari eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarının “ıcraya ittıla” tarihinden itibaren doksan gün içerisinde açılması gerekiyordu. Bu kanun döneminde açılacak olan tazminat davaları için doksan günlük dava açma süresinin kısa olması, birçok hak kaybına sebep olduğu için 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda konuya ilişkin farklı bir düzenlemeye gidilerek ön karar kurumu kabul edilmiştir¹⁹.

¹⁶ Gülsel KAPLAN, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 395-396.

¹⁷ YILDIRIM-YASİN ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 695.

¹⁸ Ön karar kurumuna ilişkin Fransız doktrinindeki lehe ve aleyhe olan görüşler için bkz: KAPLAN, **a.g.e.**, s. 395-399.; Tam yargı davalarında zorunlu başvuru yolunun terkedilmesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz. YILDIRIM-YASİN ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 843.

¹⁹ Nitekim 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 72'nci maddesinin madde gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *Yürürlükteki hükümler gereğince zararı mucibolan bir eylemin öğrenildiği tarihten itibaren 90 gün içinde tazminat davası açılması icabetylemektedir. Bu kabil eylemler, hususi hukukun haksız fiillerine benzemektedir. Bu itibarla, bu fiillerde uygulanan zamanaşımına kıyasen ferdin idari eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir sene içinde ilk önce idareye başvurarak hakkını yerine getirmesini istemesi ve bu talebi kısmen veya tamamen reddedildiği takdirde doksan gün içinde tazminat davası açması lazım geldiği 72'nci maddede açıklanmıştır. Bu usul, idari dava açmak için idari bir kararın bulunması yolunda İdare*

Ön karar kurumunun kabul edilmesinin arkasında iki sebebin yattığı söylenebilir. Bunlardan birincisi idare hukukunda benimsenen idari işlem olmadıkça idari yargıda dava açılmayacağı kuralıdır²⁰. Ön karar kurumunun getirilmiş olmasının arkasında yatan ikinci sebep ise idare ile zarara uğrayan kişinin anlaşması ve dava olasılığının tümüyle ortadan kalkmasıdır²¹. Nitekim her iki sebepte 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 72'nci maddesinin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.

Fransız İdare Hukukunda kabul edilen bir ilkeye göre ister açık ister zımni olsun, idari dava açmak için mutlaka bir idari karara ihtiyaç vardır²². Bu yaklaşıma göre idarenin vermiş olduğu bir karar olmaksızın idari yargıda idare aleyhine dava açılması mümkün değildir. Bu ilkeye göre ön karar, idareye karşı dava açma yolunda tüketilmesi gereken zorunlu bir yoldur. Çünkü idare, bir eylemle bir kişinin hakkını ihlal etmiş olsa bile, kişi idareden bu hakkını talep etmedikçe ortada idarenin bu zararı ödeyip ödemeyeceğine ilişkin bir karar olmadığından, daha doğrusu ortada idarenin iradesi olmadığından, idare aleyhine idari yargıda tazminat davası açılmaz. Hakkı ihlal edilen kişi, ancak idareye başvurup, idarenin zımni veya sarih, hakkını kısmen veya tamamen ödemeyeceği yönünde vermiş olduğu bir karardan sonra idare aleyhine dava açabilecektir. Ön karar başvurusu bir çeşit uyuşmazlık doğuran bir işlem olarak kabul edilmektedir²³. Bu açıdan bakıldığında idari eylemin, başlı başına uyuşmazlık çıkarıcı bir faaliyet olmadığını kabul etmek gerekmektedir. Uyuşmazlık, idarenin yapmış olduğu eylemden değil, eylem dolayısıyla

Hukuku'nda genel olarak kabul olunan esasa da uygun düşmektedir. Öte yandan idarenin tazminat isteğini yerine getirmesi de varit olup bu takdirde davaya mahal kalmamış olacaktır. Aynı zamanda dava açılması için ferde, doksan güne nispetle daha uzun bir süre verilmiş olmaktadır. Ancak idari muamelelerin bir an önce sonuca bağlanması zarureti dolayısıyla, bu konuda, hususi hukuktan farklı olarak beş yıllık zamanaşımı kabul edilmiştir." nakleden: Celal KARAVELİOĞLU, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 3. Baskı, Top-Kar Matbaacılık, 1997, s. 333. 2577 sayılı İYUK'un 13'üncü maddesi ile 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 72'nci maddesinin içeriği aynıdır. Sadece Danıştay Kanunu'nda 90 gün olarak düzenlenen dava açma süresi İYUK'ta altmış gün olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan Danıştay Kanunu'nun 72'nci maddesinin gerekçesinin günümüz için de geçerliliğini koruduğu söylenebilir.

²⁰ Burak ÖZTÜRK, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 19.

²¹ KAPLAN, **a.g.e.**, s. 393.

²² ÖZTÜRK, **a.g.e.**, s. 19.

²³ Yasin SEZER; Hüseyin BİLGİN, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LVII, Sa. 4, s. 355.

hakkı ihlal edilen kişinin hakkını idareden talep etmesinden sonra ortaya çıkmaktadır²⁴.

Ön karar kurumuna böyle bir anlam yüklenmesi, kanımızca doğru değildir. İdari bir karar olmaksızın idari yargıda dava açılmayacağı ilkesi, bir kararın iptal edilebilmesi için her şeyden önce idarenin o yönde vermiş olduğu bir kararın olmasının gerekliliği nedeniyle iptal davaları açısından tutarlı olsa da, mahiyeti iptal davalarından çok farklı olan tam yargı davaları için zorunlu olmamalıdır. Nitekim özel hukuktaki tazminat davalarında, dava açılabilmesi için, davacının haksız fiili işleyen kişiye başvuru yapmasına gerek yoktur. Haksız fiilin işlenmesinin kendisi zaten uyuşmazlığı ortaya çıkarmaktadır. Özel hukuk kişinin haksız fiili bir uyuşmazlık çıkarmak için yeterliyken, idarenin hukuka aykırı eyleminin neden uyuşmazlık çıkarmak için yeterli olmadığına haklı bir sebebe dayandırılması gerekir²⁵. Kanımızca iptal davaları için öngörülen bir şartın olduğu gibi tam yargı davalarına da aktarılması, hakkı ihlal edilen kişinin uyuşmazlığı doğrudan yargı organı önüne götürme adil yargılanma hakkını engelleyici niteliktedir²⁶.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarla birlikte günümüzde, ÖZTÜRK'ün ifadesiyle, Fransa'da yüzyıldan uzun bir geçmişi olan ön karar kurumu ve bu kurumun dayanağı olan uyuşmazlık çıkarma mantığının artık geçerli olmadığı da savunulabilir. İdarenin kamu gücü kullanarak yapmış olduğu bir eylemin de pekâlâ uyuşmazlık çıkarmak için elverişi olduğu ve bu uyuşmazlık üzerine idareye yapılan başvurunun

²⁴ Bu açıdan bakıldığında, ön karar almak için idareye yapılan zorunlu başvurunun, zorunlu idari itiraz kurumu ile karıştırılmaması gerekmektedir. Zorunlu idari itiraz, idarenin yapmış olduğu bir idari işleme karşı idari yargıda dava açılması için zorunlu olan bir kurumdur. Zorunlu idari itirazın, ön kabul kurumunda olduğu gibi uyuşmazlık çıkarma gibi bir fonksiyonu yoktur. Uyuşmazlık idarenin almış olduğu kararlar zaten çıkmıştır, ancak bu uyuşmazlığın yargı organı önüne taşınabilmesi için idareye zorunlu itirazın yapılması gerekmektedir. Ön karar kurumunda ise, idarenin vermiş olduğu karardan önce herhangi bir uyuşmazlığın olduğu kabul edilmemektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZTÜRK, **a.g.e.**, s.16-20.

²⁵ Yargının iş yükünü azaltmak, tek başına, yargıya ulaşmayı engellemenin gerekçesi olamaz. Eğer iş yükü azaltılmak isteniyorsa, "sulh yolu başvurusu" isteğe bağlı hale getirilebilir ve bireylerin yargı yerine bu yolu tercih etmesi yönünde özendirici/teşvik edici tedbirler öngörülebilir.

²⁶ Bir talep neticesinde idareden alınan ön karar idari işlem olarak kabul edilmektedir. Danıştay idari eylem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişinin, idareye yapmış olduğu başvuru neticesinde idarece tesis edilen ön kararın iptal davasına konu edilemeyeceğine hükmetmiştir. D.10.D., 26.11.2007, E. 2005/6693, K. 2007/5655, DD, Sa. 118, s. 334-335.

uyuşmazlık çıkartmak amacıyla değil, doğan uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla yapıldığı da kabul edilebilir. Nitekim 26.09.2011 tarih ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin (RG 02.11.2011) 12'nci maddesinde, İYUK'un 13'üncü maddesi kapsamında yapılan başvurunun "sulh başvurusu" sayılacağı ifade edilmiştir²⁷. Dolayısıyla Türk hukuk sisteminde de ön karar kurumunun uyuşmazlık çıkarma özelliğinden ziyade çözüm yolu olarak görüldüğünü kabul etmek gerekir.

Ön karar kurumunun çözüm yolu olarak görülmesi durumunda, hakkı ihlal edilen kişinin dava açmak yerine, idareye zorunlu olarak başvuru yapması dava açma hakkının, dolayısı ile hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelir mi? Bir kişinin hak arama özgürlüğünü kullanabilmesinin ilk şartı şüphesiz ki dava açma hakkıdır. Nitekim 1982 Anayasası'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesinde "(h)erkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" diyerek dava açma hakkının hak arama hürriyetinin temeli olduğunu ifade etmiştir. Dava açma hakkının kullanılabilmesi de şüphesiz ki hakkı ihlal edilen kişinin yargı organına erişebilmesi ile mümkündür. Yargı organına erişimin hiçbir şarta bağlanmadığı durumlarda dava açma hakkının sınırsız bir şekilde kullanılabilmesi söylenebilir. Ancak idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, hakkı ihlal edilen kişinin uyuşmazlığı yargı organı önüne taşıyabilmesi için, öncelikli olarak hakkını ihlal eden idareye başvuru yapması gerekmektedir. Dolayısı ile ön karar kurumu, idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davaları açısından, hakkı ihlal edilen kişinin yargı organına erişebilmesi için mutlak surette tüketmesi gereken bir yoldur. Bunun ise kişinin yargı organına erişim hakkını, dolayısıyla dava açma ve hak arama hürriyetini sınırlayıcı nitelikte olduğu açıktır²⁸.

²⁷ ÖZTÜRK, a.g.e., s. 20.

²⁸ "İdari eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini gayesiyle açılacak tam yargı davalarının tabi olduğu süre ve bu süreyle ilintili bulunan önkarar elde etme mecburiyetine ilişkin olarak İYUK'un 13 üncü maddesinde yer alan ve ayrıntılı sayılabilecek düzenlemelere bakıldığında bu konuda ilgililerin herhangi bir güçlük (karşılaşmayacağı) düşünülebilir ise de; bunun yanıltıcı olduğunu hemen belirtmek gerekir. Zorluk, başta 'idari eylem' deyiminin neyi kapsayıp neyi dışladığından ileri gelmektedir. Ayrıca 'devam eden' eylemler ile İdarenin hareketsiz kalmasının yol açtığı zararların tazmini amacıyla açılacak davaların tabi olacağı süre ile bununla zorunlu bir bağını içinde bulunan önkarar elde etme mecburiyeti bağlamında,

Şüphesiz ki hiçbir hak sınırsız değildir. 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesine göre "(t)emel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." Biz ön karar kurumunun hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir özelliği olduğunu ifade ederken, onun Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiyoruz. Bununla birlikte, söz konusu kurumun varlığının, hakkı ihlal edilen kişi açısından herhangi bir menfaati olmamakla birlikte, idare açısından da (yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde) somut olarak faydalı bir kurum olmadığını ifade etmeye çalışıyoruz²⁹. Bu açıdan bakıldığında ne idari işlemlerden kaynaklanan hak ihlallerine karşı açılacak tam yargı davaları için ne de özel hukuktaki tazminat davaları için öngörülme ömön karar kurumunun idari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları için zorunlu tutulmasının uygulamada hak arama hürriyetinin sınırlandırılması dışında başkaca işlevinin olmadığını belirtmek gerekir³⁰.

İdari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde tam yargı davası açmadan önce idareye yapılması gereken zorunlu başvurunun arkasında yatan ikinci gerekçe ise idareye yapılan bu başvuru ile hakkı ihlal edilen kişinin dava açmaksızın hakkına kavuşmasının sağlanmasıdır³¹. Yani bu görüşe göre, hakkı ihlal edilen kişi, mahkemede dava açmakla uğraşmayıp, hakkını doğrudan idareden talep ederek hakkına daha kısa yoldan ulaşmış olacaktır. Nitekim bu gerekçe 521 Sayılı Danıştay

sanılandan da çok güçlük ve tereddütle karşılaşmak kaçınılmazdır. KAPLAN, a.g.e., s. 381.

²⁹ İfade etmek gerekir ki dava açma hakkının belirli sürelerle kısıtlanması da şüphesiz ki yargı organına erişim hakkının, dolayısıyla hak arama hürriyetinin sınırlanması anlamına gelmektedir. Ancak idareye karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarının belirli süreler içerisinde açılacağı öngörülerek, idarenin sürekli olarak dava tehdidi altında kalmasının da önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Dolayısı ile bu örnekte, hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasında idarenin somut bir menfaati söz konusudur. Ancak ön karar kurumu ile hak arama hürriyetine getirilen sınırlandırmada ne hakkı ihlal edilen kişinin ne de ilgili idarenin herhangi bir menfaati söz konusu değildir.

³⁰ İdari işlemlere karşı iptal davası açmak için tüketilmesi zorunlu idari itiraz ile idari eylemden kaynaklanan hak ihlallerine karşı tam yargı davası açabilmek için zorunlu idari başvuru birbirinden ayrılan ÖZTÜRK, "Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz" adlı eserinde, zorunlu idari itirazın neden hak arama hürriyetini sınırlandırıcı nitelikte olduğunu ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Kanımızca ön karar kurumu da bu bakımdan zorunlu idari itiraz kurumu ile benzer özellikler taşımaktadır. Konuyla alakalı detaylı inceleme, bu çalışmanın kapsamını aşacağından, ayrıntılı bilgi için bahsettiğimiz eserin incelenmesi faydalı olacaktır.

³¹ KAPLAN, a.g.e., s. 393.

Kanunu'nun 72'nci maddesinin gerekçesinde de ifade edilmiştir. Madem ön karar zorunluluğu faydalı bir müessese olarak kabul ediliyor, neden özel hukuktaki tazminat davalarında da zorunlu bir unsur olarak öngörülmemektedir? Bu uygulamanın sadece idari eylemlerden³² kaynaklanan hak ihlallerine karşı açılacak tam yargı davaları için getirilmiş olması, birçok soruyu beraberinde getirmektedir.

İdari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde dava açmadan önce idareye başvuru yapmanın zorunlu olması gerçekten de kişinin hakkına daha kolay bir şekilde kavuşmasını sağlamakta mıdır? DURAN'ın ön karar ile alakalı olarak 1968 yılında söylemiş olduğu şu ifadeler, ön karar kurumunun bu amaca ne kadar hizmet ettiğini göstermesi açısından son derece önemlidir: *“Gerek iptal hükmünden sonra, gerek idari eylemden dolayı tazminat talebiyle İdareye başvurulması usulü, Türk Hukuku'nda pratik bir fayda ve önemli bir sonuç sağlamaz. Zira devlet ve kamu tüzel kişilerini borçlandırmaya yetkili olan makamlar, idari teamül ve tatbikatımıza göre, tazminat taleplerini kabulden hazer ve imtina ederler; kabule temayül etseler bile, bütçelerinde bunu karşılayacak tahsisat bulunmadığından, tahakkuk ve tediye ettiremez. Filhakika, kamu bütçelerinde bu borçlar için sadece ‘mahkeme masrafları’ ve ‘geçmiş yıllar ilamlı borçları’ vardır ki, bu tahsisattan ancak hükme bağlanmış tazminat alacakları ödenebilir(...)Üstelik bu şart, idari işlemde dolayı açılan tam yargı davalarında aranmadığına göre; Danıştay Kanununun kabul ettiği ‘mukaddem karar’ (ön karar) usulü, tatbikat ve içtihadı işgal ve iğlak etmekten başka bir sonuç vermemektedir.”*³³ Günümüzde de uygulamada durumun pek farklı olduğu söylenemez. İdarenin yapılan zorunlu başvuru sonucunda, mahkeme kararı olmaksızın, tazminat ödeme yetkisi bulunmamaktadır³⁴. İdareciler, Sayıştay denetiminde sorun yaşamaktan kaçındığı için, kendisine yapılan başvuruları reddederek

³² İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı ile İYUK'a *“...idareler aleyhine açılan iptal davalarının karara bağlanması üzerine, açılacak tam yargı davasından önce bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca sulh yoluna başvurulması zorunludur”* hükmü eklenmek istenilmektedir. Bu şekilde sadece idari eylemden değil, idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında da ön karar başvurusu zorunlu hale getirilecektir.

³³ Lütfi DURAN, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXXIII, Sa. 3-4, s. 24.

³⁴ YILDIRIM-YASİN ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 842-843.

mahkeme kararı aracılığı ile ödeme yapmakta, bu ise ön karar kurumunu tamamen işlevsiz halde bırakmaktadır³⁵.

Söz konusu kurum ile gerçekten hakkı ihlal edilen kişinin hakkına daha kısa yoldan kavuşması amaçlanıyorsa, o halde bu kurumun zorunlu olmasına da gerek yoktur. Söz konusu idari başvuru, isteğe bağlı olarak da düzenlenebilir. Böylece doğrudan dava açmak isteyen kişiler hakkını yargı organı aracılığı ile de arayabilirler. İdareye başvurmak isteyenler de dava açmadan önce, kendi tercihlerine göre haklarını idareden talep edebilirler. Böylece ön karar kurumunun olumsuz sonuçlarını daha da azalmak mümkün olabilir. Nitekim İYUK'un 12'nci maddesine göre, hakkı idari bir işlemde dolayı ihlal edilen kişiler, doğrudan tam yargı davası açabilecekleri gibi, 11'inci madde kapsamında idareden ihlal edilen haklarını talep etme hakkına da sahiptirler. İdari işlemde kaynaklanan hak ihlallerinde tanınan bu seçimsel hakkın idari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde de tanınması, kanımızca ilgililer açısından daha olumlu olacaktır³⁶.

Yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, ön karar kurumunun gerekçesi olarak ifade edilen idari yargıda dava açılabilmesi için idari bir karar olması gerektiği ve bu kurum ile ilgililerin daha kolay bir şekilde haklarına kavuşabilecekleri varsayımı, günümüzde anlamını yitiren

³⁵ AKINCI, "İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı" adlı eserinde, idari yargı hakimleri arasında yapılan bir ankete dayanarak ön karar kurumu ile alakalı olarak şu ifadelerle yer vermiştir: "*Türk idare hukuk uygulaması dikkate alındığında, İYUK 13. Maddedeki bu düzenlemenin 'yurttaşları bir süreliğine oyalamaktan ileri gitmeyen' bir yol olduğu anlaşılmaktadır. Zira uygulamada idari eylemler nedeniyle ön karar aşamasında uyuşmazlığın giderilmesi durumuna nadiren rastlanmaktadır. Bunda birincisi; idarenin, idari kültür ve anlayışı ile hukuka olan saygı eksikliği; ikincisi yöneticinin risk almak istemeyişi etkili olmaktadır. Bu türden bir başvuru ile karşılaşıldığında ya istemin çok altında bir miktar kabul edilmekte ya da hiç kabul edilmemektedir. Çoğunlukla mağdurun idari yargıdan bir 'karar getirmesi' beklenmektedir. İdareden uyuşmazlığı gidermeye yönelik bir (ön) karar alınmadan yargıya başvurulması durumunda ise dosya 'merciine tevdiine' karar verilmektedir. Dolayısıyla vatandaş adeta bir mekik girdabına girmektedir. Bu nedenle, İdari yargı yerlerinin mevzuattaki ön karar zorunluluğuna uyulmadan yapılan başvuruları 'merciine tevdi' yerine, bekletici sorun yapması usul ekonomisi ve etkili adalet bakımından daha yararlı olacaktır.* Müslüm AKINCI, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 171.

³⁶ Ayrıca ifade etmek gerekir ki İYUK'un 13'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, idari eylemden kaynaklanan bir zarara karşı açılacak tazminat davası idareye başvurmaksızın yanlış bir yargı kolunda, yani adli yargı veya Askeri Yüksek İdare Mahkemesi önünde açılmışsa, bu mahkemelerin vereceği görevsizlik kararından sonra idari yargıda dava açmak için ön karara gerek yoktur. Zorunlu idari başvuruya neden bu durumda gerek olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur.

gerekleşmeler olarak görülmektedir. Özel hukukta karşılığı olmayan böyle bir kurumla, hakkı ihlal edilenlerin dava açmalarının önüne bir engel konulması, kanımızca hak arama hürriyetini engelleyici niteliktedir. Çünkü kişinin hakkını elde edebilmesinin en güvenilir yolu yargı organı aracılığı ile olmaktadır. Getirilen zorunlu başvuru ile kişilerin yargı organına başvuru yapmaları engellenerek, en azından ötelenerek, hak arama hürriyetine de müdahale edilmiş olmaktadır. Kanımızca, idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında da, tıpkı özel hukuktaki tazminat davalarında olduğu gibi, hakkı ihlal edilen kişiler, idareye başvuru şartı olmaksızın, haklarını doğrudan yargı organı önünde arayabilmelidirler.

III. SÜRENİN NİCELİĞİNE İLİŞKİN FARKLAR

İdari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları ile özel hukuktaki tazminat davaları arasındaki diğer önemli fark, dava açma sürelerinde karşımıza çıkmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 72'nci maddesine göre "*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır.*" 2577 Sayılı İYUK'un 13'üncü maddesinde ise idari eylemle hakkı ihlal edilen kişinin, "*...idari dava açmadan önce, bu eylemi yazılı bildirim veya başka bir suretle öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerek(mektedir).*" Bu taleplerinin reddedilmesi halinde ise ret kararının tebliğinden itibaren altmış gün içerisinde tam yargı davası açmaları gerekmektedir. Söz konusu iki düzenlemeye bakıldığında zaman, dava açmak için öngörülen sürelerin farklı düzenlendiği görülmektedir. Özel hukuka tabi bir haksız fiilden kaynaklanan tazminat davasında dava açma süresi *iki yıl* olarak öngörülmüşken, idari eylemden kaynaklanan bir hak ihlalinde, dava açmak için tüketilmesi zorunlu bir yol olan idareye başvuru süresinin *bir yıl* olarak düzenlenmesi ve idarenin ret kararından itibaren altmış gün içerisinde dava açılmasının zorunlu olmasının sebebi izaha muhtaç bir durumdur³⁷.

Ön karar kurumunu Türk hukuk sistemine ilk sokan düzenleme olan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 72'nci maddesinin gerekçesinde, *idari*

³⁷ Bir yıllık idareye başvuru süresi idarenin idari nitelikteki eylemlerinden kaynaklanan hak ihlalleri için geçerlidir. İdarenin idari niteliğe sahip olmayan "fiili yol" durumunda idare tamamen özel hukuk hükümleri çerçevesinde sorumludur. Dolayısı ile bu durumda dava açma süresinin hesaplanmasında İYUK'un 13'üncü maddesi dikkate alınmaz.

eylemden kaynaklanan tam yargı davaları ile özel hukuktaki tazminat davalarının benzerliğine dikkat çekildikten sonra, tam yargı davaları için idareye başvuru süresinin, *özel hukuktaki tazminat davalarına kıyasla, bir yıl olarak düzenlendiği* ifade edilmiştir³⁸. Madde gerekçesindeki ifadelerle bakıldığı zaman, bir yıllık başvuru süresinin getiriliş sebebinin, idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarının tazminat davalarına benzerliğinden kaynaklandığı görülmektedir. İdareye başvuru süresi olan *bir yıl* o dönemde özel hukuk tazminat davalarında öngörülen *bir yıllık süre* ile paralellik arz ederken; maksimum süre konusunda farklı bir yol izlenmiştir. Madde gerekçesinde idari muamelelerin bir an önce sonuca bağlanması mecburiyetinden bahsedilerek özel hukukta dava açmak için *on yıl* olarak öngörülen süre tam yargı davaları açısından *beş yıl* olarak kabul edilmiştir³⁹.

11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ile (m.74) “(t)azminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü *öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*” denilmek suretiyle *bir yıl* olan süre *iki yıl* olarak yeniden düzenlenmişken İYUK'ta idareye yapılacak başvuru süresinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, tam yargı davalarının daha kısa süreye tabi tutulması ile idare lehine bir durumun ortaya çıkartıldığı açıkça görülmektedir.

Doktrinde, idari işlem ve eylemlerin devamlı olarak yargı tehdidi altında bırakılmasının toplum hayatında belirsizliğe yol açacağı, “idari istikrar” ve “kamu düzenini” ihlal edeceği, “kamu hizmetinde verimsizlik” üzerinde olumsuz etkilere neden olacağı gerekçeleriyle idari dava açabilmenin belirli sürelerle sınırlanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰. İdari işlemlerin, özellikle düzenleyici nitelikte olanların iptali için açılan davalarda bu tespitler⁴¹ haklılık payı içermekle birlikte, bir kısım iptal davaları ile tam yargı davalarının tamamı için aynı kanaatte değiliz. İçeriği parasal bir alacağa ilişkin iptal davaları ile konusu genelde parasal

³⁸ O dönemki borçlar hukukuna ilişkin mevzuat, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davaları için öngörülen dava açma süresini bir yıl olarak düzenlemiştir.

³⁹ Erol ÇIRAKMAN, “İdari Davalarda Süre”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler – I*, Danıştay Yayını, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 200.

⁴⁰ Lütfi DURAN, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XI, Sa. 1-2, (1945), s. 238; ÇIRAKMAN, *a.g.m.*, s. 191.

⁴¹ İdari davalarda sürelerin gerekliliğine ilişkin tespitler için bkz. Yahya Kazım ZABUNOĞLU, *İdare Hukuku: C. II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 522

bir alacak olan tam yargı davaları için dava açma sürelerinin kısa tutulmak suretiyle hak arama hürriyetinin kısıtlanarak korunmaya çalışılan “kamusal düzen” ve “istikrar”ın ne olduğunun açıkça oraya konulması gerekir.

IV. SÜRENİN NİTELİĞİNE İLİŞKİN FARKLAR

Bu bölümde üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konu da İYUK'ta idari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları için öngörülen sürelerin hukuki niteliğidir. İdari yargıdaki dava açma sürelerinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde birçok farklı görüş olmakla birlikte, idari yargı organları bu sürelerin “*hak düşürücü*” süreler olduğu konusunda tartışmaya yer vermeyecek bir uygulama sergilemektedir. İYUK'un 13'üncü maddesinde öngörülen sürelerin hukuki niteliğini incelerken ikili bir ayırım yapmak daha sağlıklıdır. Öncelikli olarak idareye zorunlu başvuru süresi olan bir yıllık sürenin hukuki niteliğinin ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. İkinci olarak idareye yapılan başvuru sonucunda talebin kısmen veya tamamen reddedilmesi durumunda öngörülen altmış günlük dava açma süresinin hukuki niteliğini incelemek gerekmektedir.

Soyut bir kavram olan zamanın somut bir kesimini ifade eden süre kavramı, bu anlamıyla belirli olarak sınırlandırılmış ve önceden saptanabilir zaman kesimleridir. Bu bağlamda dava açma sürelerini de genel olarak dava özelliği taşıyan başvurular için konulmuş zaman sınırlaması olarak tanımlamak mümkündür⁴². DURAN'ın tanımına göre idari dava açma süresi ise idari davaların geçerli bir şekilde açılacağı kanunen belirli ve sınırlı zamandır⁴³. Gerçekten de teorik ve pratik birçok sebepten dolayı⁴⁴ adli yargı-idari yargı ayırımı yapılmaksızın yargı organları önünde açılacak bütün davaların bir süre ile sınırlanması çok uzun zamandan beri kabul edilen bir durumdur. Bununla birlikte kanunlarla öngörülen dava açma sürelerinin hukuki nitelikleri birbirlerinden farklı olabilmektedir. Hukukta süreler, hem özel hukuku hem de kamu hukukunu kapsayacak şekilde genel olarak zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü süreler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdari dava açma sürelerinin hukuki niteliği de özel hukuktaki bu sürelerle

⁴² Mithat SANCAR, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XXIII, Sa. 1, s. 70.

⁴³ “İdari müruru müddet (*délai du recours*), idari davaların muteber surette ikame edilebileceği kanunen muayyen ve mahdud olan zamandır.” DURAN, **İdari Kazada Dava Açma Müddeti**, s. 240.

⁴⁴ Bu sebepler için bkz: KAPLAN, **a.g.e.**, s. 29-47.

kıyaslanarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Çalışmamız açısından da bu kıyaslamanın yapılması önemlidir. Çünkü özel hukuktaki tazminat davaları için öngörülen dava açma süresinin hukuki niteliği ile idari eylemden kaynaklanan tam yargı davası açma süresinin hukuki niteliği birbirinden farklıdır.

“**Zamanaşımı süresi**” belli bir sürenin geçmesi ile alacağa bağlı dava açma hakkını felce uğratan süredir. Bu bağlamda zamanaşımı süresi borcu sona erdiren değil, borcun dava açma yolu ile elde edilmesini engelleyen süredir⁴⁵. Alacaklının hakkı hala devam etmektedir ancak bu alacağını dava yolu ile elde edemez. “**Hak düşürücü süreler**” ise sadece dava açma hakkının değil aynı zamanda hakkın özünü de ortadan kaldıran sürelerdir. Bu süre geçtikten sonra alacaklı, artık hiçbir şekilde alacağına kavuşma imkânı bulamaz. Buna göre zamanaşımı süresi ile hak düşürücü süre arasında çok önemli bir fark vardır. Bir süre eğer zamanaşımı süresi olarak öngörülmüşse, bu sürenin geçirilmiş olması, kişinin dava açma hakkını elinden almaz. Zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile kişi, davasını açabilmektedir. Hâkim de resen bu zamanaşımı süresinin geçtiğine karar veremez. Hâkimin bu yönde bir karar verebilmesi için davalının zamanaşımı defini ileri sürmesi gerekir. Aksi takdirde dava görülmeye devam eder. Hak düşürücü sürede ise hakkın özü ortadan kalktığından dolayı hâkim bu sürenin geçip geçmediğini resen incelemektedir. Yani hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra o hak için artık dava açmak da mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 72’nci maddesinde haksız fiillerden kaynaklanan tazminat davası için öngörülen iki yıllık süre zamanaşımı süresidir⁴⁶. Yani hakkı ihlal edilen kişi, iki yıllık dava açma süresini geçirmiş olsa bile davasını açma hakkına sahiptir. Davalı taraf zamanaşımı definde bulunmadığı sürece de davaya bakan hâkimin zamanaşımı süresini kendiliğinden dikkate alarak davayı reddetmesi mümkün değildir. İdari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinde, tam yargı davası açmadan önce idareye yapılması gereken zorunlu başvuru süresi olan bir yıllık sürenin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, ön karar elde edebilmek için uyulması gereken bir yıllık süre dava açma süresi değildir. Altmış günlük dava açma süresi, bu başvurunun açık veya zımnen reddedilmesi üzerine işlemeye başlar.

⁴⁵ Fatma Burcu SAVAŞ, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 74, 2008, s. 124.

⁴⁶ EREN, a.g.e., s. 830.

Bununla birlikte idareye ön karar almak amacıyla yapılan başvuru, teknik anlamda bir idari başvuru da değildir, tam yargı davası açabilmek için gerekli olan bir dava şartıdır, yani uyulması zorunlu olan yargısal prosedürün bir parçasıdır⁴⁷. Dava şartı olması bakımından bir yıllık sürenin hukuki niteliğini tespit etmek gerekmektedir. Bir yıllık süre geçtikten sonra, dava şartı yerine getirilmediği için artık idari yargı önünde tam yargı davası açmak mümkün değildir, ancak bu sürenin geçmesinden sonra hak tamamen ortadan kalkmakta mıdır? Kişi bu süre geçtikten sonra da hakkını idareden talep edebilecek midir? Doktrinde bir yıllık idari başvuru süresinin idare hukukuna mahsus bir zamanaşımı süresi olduğunu söyleyenlerin yanı sıra bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu söyleyenler de vardır⁴⁸. Doktrinde her ne kadar bu süre hakkında farklı görüşler olsa da, idareye bir yıl içerisinde yapılması gereken başvuru bir dava şartı olarak kabul edildiği için, idareye bir yıl içerisinde başvuru yapılmaması durumunda ilgilinin hakkını ne ilgili idareye başvurarak talep edebilmesi ne de yargı organları önünde dava açarak araması mümkün değildir⁴⁹. Bu açıdan bakıldığında bu sürenin uygulamada hak düşürücü süre olarak kabul edildiği söylenebilir. Kanımızca ilgilinin ön karar alması için tanınan bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olarak yorumlanması, hakkı ihlal edilen kişiler açısından mağduriyetlere sebep olmaktadır. Bir kere, idari eylemlerden kaynaklanan hak ihlalleri için öngörülen bir yıllık süre, özel hukuktaki tazminat davaları için öngörülen dava açma süresinden daha kısadır⁵⁰. Bununla birlikte kısa olan bu sürenin, dava şartı olarak kabul edilip hak düşürücü süre olarak yorumlanması, idare lehine olan düzenlemeyi daha da güçlendirmektedir. Bu durum da şüphesiz ki hakkı ihlal edilenler açısından son derece olumsuz bir durumdur.

Ön karar için öngörülen bir yıllık sürenin yanı sıra, idarenin olumsuz bir cevap vermesi veya altmış gün içerisinde herhangi bir cevap vermemesi durumunda başlayan altmış günlük dava açma süresinin de

⁴⁷ KAPLAN, a.g.e., s. 391.

⁴⁸ KAPLAN, a.g.e., s. 392.

⁴⁹ ÇAĞLAYAN, a.g.m., s. 26.

⁵⁰ ULER, İdari yargıda öngörülen dava açma sürelerinin özel hukuktaki sürelerle nazaran kısa tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmektedir. “*Vatandaşın karşısında özel hukuk kişisi var ise dava açma süresi uzun, yönetim var ise kısa olacaktır. Oysa yönetim hukuku eşitliğin ve hukuka uygunluğun önde tutulduğu bir alandır*” Yıldırım ULER, “Yönetim Yargıda Dava Süresi”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990: Birinci Kitap - İdari Yargı**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 260.

hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki 13'üncü maddede düzenlenen altmış günlük dava açma süresi, idari yargıda uygulanan genel dava açma süresidir. Bu bakımdan bu süre ile genel dava açma süresi aynı hukuki niteliğe sahiptir. İdari yargıda dava açma süresinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde birçok görüş vardır. ONAR, idari yargıda öngörülen dava açma sürelerinin “*hak düşürücü*” süre olduğunu ifade ederken⁵¹ DURAN, idari dava açma sürelerinin özel hukuktaki hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerine benzemediğini, bu sürelerin idari yargıya özel “*sui generis*” süreler olduğunu ifade etmiştir⁵². ULER ise İYUK'taki bu sürelerin “*düzenleyici*” süreler olduğu tezini savunmuştur⁵³. Öncelikle ifade etmek gerekir ki ne İYUK'ta ne de diğer kanunlarda idari dava açma sürelerinin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrindeki bu sürelerin hukuki niteliğine ilişkin birçok görüş olmasına rağmen Danıştay içtihatlarında idari dava açma süresi “*hak düşürücü süre*” olarak kabul edilmektedir⁵⁴.

Danıştay'ın idari dava açma sürelerini hak düşürücü süre olarak kabul etmesi, şüphesiz ki hakkı ihlal edilenler açısından uygulamada büyük mağduriyetlere sebep olmaktadır⁵⁵. Bir kere İYUK'ta öngörülen altmış günlük dava açma süresi çok kısa bir süredir⁵⁶. İdarenin işlem ve

⁵¹ Siddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1961; ZABUNOĞLU, dava açma süresinin kaçmasının davanın görülmesine engel olması ve sürenin idari yargı mercileri tarafından re'sen incelenmesi nedenleriyle “*hak düşürücü*” olarak kabul edilebileceğini ileri sürmüştür (Bkz. ZABUNOĞLU, **a.g.m.**, s. 193.)

⁵² DURAN, **İdari Kazada Dava Açma Müddeti**, s. 249; Aynı doğrultuda bir başka görüş için bkz. ÇIRAKMAN, **a.g.m.**, s. 196.

⁵³ ULER, **a.g.m.**, s. 213.

⁵⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetsel Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 399.

⁵⁵ “*Dava açma süresinin tabii tutulacağı esaslar, yönetsel yargının en çetin sorunlarından birini oluşturmaktadır. Süre konusundaki düzenleme ve uygulamalar, büyük ölçüde yönetsel yargının etkililiğini de belirler. Dava hakkını kullanmayı zorlaştıran bir sistem, yönetsel yargının varlık nedeni ile uyumsuz. Devletin hukuka bağlı tutulması, temel hak ve özgürlüklerin yürütme ve yönetimin kanunsuz ve keyfi hareketlerine karşı korunması zorunluluğunun bir sonucu olarak ortaya çıkan yönetsel yargı, denetim alanı genişledikçe ve denetim mekanizmasını harekete geçirmek kolaylaştıkça, ortaya çıkış gerekçelerine uygun bir kimlik kazanabilirler. Bu konuda büyük önem taşıyan dava süresi ile ilgili esasların da, bu amaçlar doğrultusunda şekillenmeleri gerekir.*” SANCAR, **a.g.m.**, s. 86.

⁵⁶ ULER, altmış günlük dava açma süresini şu sözlerle eleştirmektedir: “*12 Eylül Düzeni, yönetime gelir gelmez, ülkemizde uzunca bir süre uygulanarak yerleşmiş bulunan 90 günlük, il ve ilçe yönetim kurullarında 91 günlük dava süresini bir çırpıda 1/3 oranında kırpılarak 60 güne indirmiştir. Çünkü, yönetsel yargıda kısa tutulmuş bir dava süresi*

eylemlerinin yargı denetiminden kaçırılmasına imkân verecek düzenlemelerden kaçınmak hukuka bağlı ve saygılı devlet anlayışının gereğidir⁵⁷.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olarak, idarenin işlem ve eylemleri ile sebep olduğu hak ihlallerine karşı ilgililerin idari yargı organları önünde tam yargı davası açılabileceği hüküm altına alınmıştır. İdari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları, özü itibariyle özel hukuktaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarına benzemektedir. Bu bakımdan her iki dava türünün karşılaştırılarak, tam yargı davaları ile idare lehine ayrıcalıklı bir durumun olup olmadığının tespit edilmesi önemlidir.

Özel hukukta hakkı ihlal edilen kişiler, zararı ve haksız fiili işleyen kişiyi öğrendikleri tarihten itibaren iki yıl içerisinde yargı organları önünde tazminat davası açabilmektedir. Buna karşılık idari bir eylemle hakkı ihlal edilen kişiler, zarara sebep olan eylemi öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl içerisinde söz konusu zararı ilgili idareden talep etmek zorundadır. Hakkı ihlal edilen kişi ilgili idarenin söz konusu talebi reddetmesi durumunda uyuşmazlığı altmış gün içerisinde yargı organı önüne taşıyabilmektedir. Bu bağlamda idari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları açısından iki farklı durumun söz konusu olduğu söylenebilir. Birincisi, ilgili idareye bir yıllık başvuru süresinin, özel hukuktaki iki yıllık dava açma süresine nazaran kısa olması kanımızca eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca özel hukuktaki iki yıllık dava açma süresinin zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesine karşılık hem idareye başvuru süresi olan bir yıllık sürenin hem de altmış günlük genel dava açma süresinin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi de yine eşitlik

otoriter, emreden, ceberut bir yönetim düzeninin göstergesidir. Emreden yönetim düzeninde, yönetim işlem ya da eylem yapmıştır, eğer yönetimin işlem ve eylemlerine karşı dava açma olanağı ortadan kaldırılamıyor ise, bu olanağının açık tutulduğu süre olabildiğince kısa tutulmalıdır. Süre 'hak düşürücü' olmalıdır. Süre aşıldıktan sonra dava açılması 'kamu düzenine' aykırı sayılmalıdır. Dava açma süresinin kısa tutulması işte bu tür yönetimlerin yararınadır." ULER, **a.g.m.**, s. 259.

⁵⁷ "İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı"nda Danıştay ve idare mahkemelerinde açılacak davalarda genel sürenin altmış günden otuz güne düşürülmesi öngörülmektedir. Taslak için bkz: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/IdariYargiTasarisiTaslagi.pdf> Erişim tarihi: 01.03.2016.

ilkesine aykırıdır. Tam yargı davaları açısından farklı olan ikinci durum ise özel hukuktaki tazminat davalarında karşılaşılmayan ilgili idareye başvuru zorunluluğudur. Bir kişinin hakkının idari eylem ile ihlal edilmesi durumunda, ilgili idareye başvuru yapıp ön karar almaksızın yargı organları önünde dava açması mümkün değildir. Bu durumun ise mahkemeye erişim hakkını, dolayısıyla hak arama özgürlüğünü kısıtladığını düşünmekteyiz.

Bu açıklamalar çerçevesinde hakkı idarenin yürütmüş olduğu bir faaliyet dolayısı ile ihlal edilen kişi dava açmadan önce şu tespitleri yapmak zorundadır: Hakkı ihlal edilen kişi öncelikle idarenin yürütmüş olduğu bu faaliyetin idari nitelikte bir faaliyet olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Çünkü idarenin idari nitelikte olmayan faaliyetlerinden dolayı sebep olduğu hak ihlalleri (fiili yol) özel hukuka tabidir, dolayısıyla bu ihlallere karşı ilgili kişi iki yıl içinde dava açabilecektir. Hakkı ihlal edilen kişi, idarenin yürütmüş olduğu faaliyetin idari bir faaliyet olduğunu tespit etmesi durumunda, söz konusu faaliyetin idari işlem mi yoksa idari eylem mi olduğunu da tespit etmek zorundadır. Çünkü hakkın idari bir işlemle ihlal edilmesi durumunda hakkı ihlal edilen kişi altmış gün içerisinde tam yargı davası açmak zorundadır. Hakkın idari bir eylemden kaynaklanması durumunda ise hakkı ihlal edilen kişi bir yıl içerisinde ilgili idareye başvurarak hakkını talep etmeli, idarenin söz konusu talebi reddetmesi durumunda altmış gün içerisinde tam yargı davası açması gerekmektedir. Hak ihlaline sebep olan faaliyet idari bir eylemden kaynaklandığının tespit edilmesi durumunda ise ilgili kişi idari eylemin salt idari eylem mi yoksa idari işlemin icrası niteliğinde bir eylem mi olduğunu tespit etmek zorundadır. Çünkü salt idari eylemlerden kaynaklanan hak ihlallerine karşı bir yıl içerisinde ilgili idareye başvurmak gerekirken, idari işlemin icrası niteliğindeki eylemlerden dolayı ilgili kişi altmış gün içerisinde idari yargı organı önünde tam yargı davası açması gerekmektedir. Hakkı ihlal edilen kişinin, yukarıda saymış olduğumuz tespitlerin birisini yanlış yapması durumunda, hakkını bir daha elde edememe olasılığı ile karşı karşıya gelmektedir. Çünkü idari dava açma süreleri hak düşürücü süre olarak kabul edildikleri için bu sürelerin geçmesi ile birlikte hakkın özünün de ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Sonucu bu denli ağır olan tespitlerin yapılmasının, hukuk eğitimi almamış sıradan insanlardan beklenmesi ise adalet duygusu ile bağdaşmamaktadır.

İdareye karşı dava açma hakkının kısa sürelere tabi tutulmasını savunanlar, bu duruma kamu düzenini gerekçe göstermektedir. Bu yaklaşıma göre, idarenin uzun süre dava tehdidi altında tutulması kamu

düzeninin, dolayısıyla kamu hizmetlerinin aksamasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla idarenin sürekli dava tehdidinden kurtulması amacıyla idareye karşı açılacak davalarda dava açma süresi kısa tutulmalıdır. İdari işlemlere karşı açılan iptal davalarında dava açma sürelerinin kısa tutulmasının “*hukuki güvenlik ilkesi*”⁵⁸ kamu hizmetlerinde “*belirlilik ilkesi*” açısından faydası olduğu bir gerçektir. Bu şekilde idari işlem sürekli dava tehdidi altında kalmayacaktır. Her ne kadar bu şekilde idare, kısa dava açma sürelerinin arkasına sığınarak yapmış olduğu hukuka aykırı faaliyetlerden de kurtulma imkânını elde edebiliyor olsa da “*idare hukuku bir denge hukukudur*” ve idarenin belirliliği ilkesi açısından iptal davaları açısından dava süresinin kısa tutulmasında kamusal yarar olduğu kabul edilebilir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da ifade edildiği üzere, öngörülen dava süresinin sınırı, hakkın özünü zedelememeli ve izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.⁵⁹ Bu bağlamda, bazı “iptal” davaları için kısa dava açma süreleri makul olmakla birlikte, “tam yargı” davalarında hukuka aykırı faaliyetlerinden dolayı yargı organı önünde hesap vermeyen bir idarenin hangi ilkelerin arkasında saklanarak korunduğunun izah edilmesi gerekir. Sadece tam yargı davalarında değil konusu parasal bir hak içeren iptal davalarında da dava açma sürelerinin kısa tutulmaması ve bu sürelerle “hak düşürücü” anlam yüklenerek hakkın yerine getirilmesinin engellenmemesi gerekir.

İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı ile sadece idari eylemden değil, idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında da “sulh yolu başvurusu” adı altında, ön karar başvurusu zorunlu hale getirilmek istenmektedir. Diğer taraftan, genel dava açma süresi “altmış” günden “otuz” güne düşürülmek istenmektedir. İdari yargılama usulünde yapılmak istenen bu değişiklikler hukuk devleti ilkesi açısından olumlu işaretler değildir. Yargının iş yükünü azaltmak, yargıya ulaşmayı engelleme gereğesi olamaz. Gerçekten yargının iş yükü azaltılmak isteniyorsa, “iyi yönetim ilkesi”⁶⁰

⁵⁸ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hukuki güvenliği sağlama amacıyla konulan bu süreleri mahkeme ye erişim hakkını kısıtlamadığı sürece adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt: 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 627-628.

⁵⁹ DOĞRU – NALBANT, **a.g.e.**, s. 627.

⁶⁰ İyi yönetim ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar AKYILMAZ, “*İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, Sa. 1-2. s. 143 vd.

uyarınca, öncelikle idarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması; idarenin verdiği zararların, davaya ihtiyaç bırakmadan giderecek mekanizmaların işletilmesi gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak “(i)darenin her türlü işlem ve eylemine yargı yolu açıktır”⁶¹ ve “(i)dare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”⁶² Hukuka saygılı bir devlet anlayışında, idareye karşı açılacak davalarda sürelerini kısa tutmak; süreleri bireylerin dava açma haklarını engelleyecek şekilde yorumlamak; yargıya erişimi zorlaştıran düzenlemeler yapmak doğru değildir. Aksine, idarenin hesap verebilmesinin önü olabildiğince açılmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKINCI, Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ARSLAN, Zühtü, **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt: 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetsel Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.

⁶¹ Anayasa Madde 125/1.

⁶² Anayasa Madde 125/7.

- İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul, 2002.
- KABOĞLU, İbrahim, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989.
- KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, Yenilenmiş 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.
- KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- KARAVELİOĞLU, Celal, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 3. Baskı, Top-Kar Matbaacılık, 1997.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları: Cilt III**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZTÜRK, Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- YILDIRIM, Turan; YASİN, Melikşah; KAMAN, Nur; ÖZDEMİR, H. Eyüp; ÜSTÜN, Gül; OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku: C. II**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Makaleler

- AKYILMAZ, Bahtiyar, “*İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, Sa. 1-2, s. 143-158.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, Sa. 3-4, s. 17-33.
- Erol ÇIRAKMAN, “İdari Davalarda Süre”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler –I**, Danıştay Yayını, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 190-217.

- DURAN, Lütfi, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXXIII, Sa. 3-4, s. 3-26.
- DURAN, Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XI, Sa. 1-2, s. 238-263.
- SANCAR, Mithat, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XXIII, Sa.1, s. 69-88.
- SAVAŞ, Fatma Burcu, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 74, s. 121-148.
- SEZER, Yasin; BİLGİN, Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LVII, Sa. 4, s. 337-366.
- ULER, Yıldırım, “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990: Birinci Kitap - İdari Yargı**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 209-262.
- UYANIK, Halit, “Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXII, Sa.1, s. 673-694.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, “İdari Yargıda Dava Açma Süresi (2575 Sayılı İYUK’nun 10. Ve 11. Maddeleri Açısından Bir İnceleme)”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990: Birinci Kitap - İdari Yargı**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 187-207.

MEDENİ HUKUK BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE HASTANIN RIZASI

Zafer KAHRAMAN*

ÖZET

Her türlü tıbbi müdahale esasen kişinin hayatı, sağlığı ve cismanı bütünlüğü gibi mutlak ve vazgeçilmez haklarının ihlali anlamına gelir. Bu müdahalenin hukuka uygun yapılabilmesi için hastanın aydınlatılmış rızası gereklidir. Ne de olsa, hastanın kendi geleceğini serbestçe tayin etme hakkı mevcuttur. Hekimin, hastayı teşhis, önerilen tedavi, bu tedavinin olası riskleri ve maliyetiyle alternatif tedavi metodları hakkında aydınlatması gerekli ve önemlidir. Aksi halde, böyle bir aydınlatılmış rıza olmaksızın yapılan müdahale hukuki ve cezai sorumluluğa yol açabilir. Ancak bazı hallerde, hastanın üstün özel yararı veya üstün kamu yararı sebebiyle, istisnai olarak hekimin hastaya rıza olmaksızın müdahalesi mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekli ki, bazı hallerde hastanın mutlak ve vazgeçilmez haklarıyla bağdaşmayan rıza beyanı hukuka aykırı olacaktır.

Anahtar kelimeler: tıbbi müdahale, aydınlatılmış rıza.

CONSENT OF THE PATIENT TO MEDICAL INTERVENTION IN RELATION TO CIVIL LAW

ABSTRACT

Any medical intervention is considered *per se* as a violation of the absolute rights of the patient such as life, health and body integrity that everyone should respect. In order to avoid any violation, informed consent of the patient is required because the patient has the right of self determination. It is crucial that the patient is enlightened by the physician about the diagnosis, suggested treatment, potential risks and probable costs of this treatment and alternative methods. Otherwise, even in the benefit of the patient, civil or criminal responsibility of the physician may arise from the intervention because of the lack of informed consent. However, in some cases, by virtue of superior private interest of the patient or because of superior public interest, it is exceptionally not required for the physician to wait for any consent of the patient. If the consent of the patient doesn't comply with his/her absolute rights, this consent is illegal.

Keywords: medical intervention, informed consent.

GİRİŞ

Tıbbi müdahaleye gösterilecek rıza, kişinin yaşama hakkı, sağlığı ve maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki haklarla yakından ilgilidir. Kişinin vazgeçilmez ve mutlak addedilen bu haklarına temas eden her

* Yrd. Doç. Dr. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

türlü tıbbi müdahale, esasen mutlak hak ihlali olarak görüleceğinden hukuka aykırıdır. Söz konusu müdahaleye maruz kalan kişinin aydınlatılmış rızasıyla hukuka uygun hale gelebilir.

Bu nedenle, makale kapsamında öncelikle, tıbbi müdahale tanımlanacak ve bunun, kişinin yaşam hakkına, cismani bütünlüğüne ve sağlığına yönelik bir müdahale olması nedeniyle hukuka aykırı bir nitelik taşıması açıklanacaktır. Ardından, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı niteliğini ortadan kaldıran başlıca unsur olan tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası ele alınacaktır. Rızanın niteliği, kim tarafından rıza verilmesi gerektiği ve bu rızayı veren kişinin aydınlatılmış olması gerekliliği incelenecektir.

Bundan sonra, tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası olmasa dahi yapılan müdahalenin hukuka uygun sayıldığı bazı haller değerlendirilecektir. Üstün kamu yararı ve kişinin üstün özel yararı sebepleriyle tıp bilimine uygun olarak yapılan müdahalelerin, ilgilinin rızası alınmamış olmasına rağmen hukuka uygun olması açıklanacaktır. Son olarak, kişinin rıza gösterdiği ve hatta arzu ettiği bir müdahaleyi, hukukun kabul etmediği haller ele alınacaktır.

I. TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI ve HUKUKA AYKIRI NİTELİĞİ

A. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI ve UNSURLARI

Tıbbî müdahale; kişilerin yaşamını, sağlığını ve cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal birtakım anomalilerin yahut hastalıkların teşhisi, tedavisi veya ortaya çıkmamış ama çıkması muhtemel hastalıkların önlenmesi; tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastalığın hafifletilmesi, ilerlemesinin ve kötüye gitmesinin önlenmesi; hastanın acılarının dindirilmesi yahut nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak, resmi ehliyetli sağlık personeli¹ tarafından tıp biliminin kabul edilmiş kurallarına ve gereklerine uygun olarak gerçekleştirilen faaliyetlere denir².

¹ Resmi ehliyetli kişiler, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da sayılmıştır. Buna göre, hekimler (m.1, 2 ve 3), diş hekimleri (m. 29-30), sağlık memurları (m. 3), ebeler (m. 47), sünnetçiler (m. 58) ve hastabakıcı hemşireler (m. 68) kanunda tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler arasında zikredilmiştir.

² Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 15 vd.; KAYA, Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", TBB Dergisi, S. 100, 2012, s. 47; ŞENOCAK, Zarife, "Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s. 66; İŞİK-YILMAZ, Berfin, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma

Belirtmek gerekir ki tıbbi müdahale kavramı; kişinin mevcut fiziksel rahatsızlığının giderilmesinden, rahatsızlığının önlenmesine, kimi zaman estetik amaçlı bir talebinin giderilmesine³, kan, doku veya organ aktarımına⁴, cerrahi müdahale, anestezi, röntgen ve ışın tedavilerine, kan testleri ve aşılarla, cinsiyete yönelik müdahalelere ve gebeliğin sona erdirilmesine⁵ kadar her türlü girişimi içine alır.

Gerçek anlamda bir tıbbi müdahalenin söz konusu olması için ve bu müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi için hekimler, tıp bilimince kabul görmüş kural ve yöntemlerden yararlanmalıdır⁶. Tıbbi

Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S.98, 2012, s. 391; OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s. 59; DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, S. 3, 2008, s. 234-235; ŞİMŞEK, Uğur, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 3537.

³ Bazı estetik müdahaleler, doğrudan tedavi amacına hizmet etmese bile; yani onarıcı değil sadece güzelleştirici nitelik taşıyorsa dahi kişinin ruhsal iyileşmesini sağladıkları ölçüde ruh sağlığına ilişkin bir tedavi olarak nitelendirilebilirler (PETEK, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, s. 183-184; ÖZER, Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 242; SOYASLAN, Doğan, “Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 263-264; BORAN, Bedia, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 253; ÇİLİNGİROĞLU, s. 19-20; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 162; FİDAN, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, TAAD, C. 1, Yıl 1, S. 3, 2010, s. 356 vd.; ŞENOCAK, s. 66; PELET, Odile, “Médecine esthétique et obligation de résultat”, Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm, Stämpfli Verlag, 2012, s. 311-322; ZEVLİLER, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, 1982-1982 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni [www.dicle.edu.tr/Contents/4d87aa77-7d4b-406b-ae50-9d1fdbf0350e.pdf, 26.9.2015], s. 28). Aksi yönde bkz. GÜRELLİ, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, Doğumunun 100.Yılında Atatürk’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4, 1981, s. 272.

⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 21.

⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 28 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 165.

⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 33 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 162; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. bası,

Deontoloji Nizamnamesi⁷ m.13 hükmü uyarınca hekim, tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı müdahalede bulunmamalıdır. Aksi halde, yapılan müdahalenin bir “tıbbi müdahale” olduğundan bahsedilmesi mümkün olmaz ve böyle bir müdahalede bulunan hekim açısından bu durum bir meslek kusuru teşkil eder⁸.

B. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA AYKIRI NİTELİĞİ

İnsanın salt insan olması dolayısıyla elde ettiği vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanamaz kişilik hakları vardır. Yaşam hakkı ve cismani bütünlüğe (vücut ve ruh tamlığına)⁹ ilişkin hakları bu haklar arasında en üstün niteliği haizdir. Bu haklar, kişilik hakkı olarak kabul edildiklerinden mutlak haklardır; herkese karşı ileri sürülebilirler. Bu haklara yönelen hukuka aykırı tecavüzler Medeni Hukuk açısından bir mutlak hakkın ihlali olarak değerlendirilir ve haksız fiil olarak ele alınır. Müdahaleye maruz kalan kişilerin uğradıkları zararları tazmin imkânı doğar.

Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin hakları temel haklar arasında sayılmış ve koruma altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın m.17/f.II uyarınca “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz.*”

Ayrıca, Türk Medeni Kanunu’nun¹⁰ m.24 hükmü uyarınca “(...) *Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden*

Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 23; KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, İÜHF, İÜ Yayınları: 3253, Hukuk Fakültesi: 686, İstanbul 1984, s. 268; IŞIK-YILMAZ, s. 391; KAYA, s. 50 vd.; SÖZÜER, Adem/ YAŞİN, Melikşah/ KURŞAT, Zekeriya, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, Bölüm 66, 2013, s. 1018; ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s. 21 vd.; MÜLLER, Cristoph, “La responsabilité civile du médecin”, Quelques actions en responsabilité, Heraus. François Bohnet, CEMAJ, Faculté de droit de l’Université Neuchâtel, 2008, s. 107, N. 16-17; Yarg. 4. HD T.10.04.1980, E.2175/K.4735 (HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 511’den naklen).

⁷ RG Tarih: 19.02.1960, S. 10436

⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 33; DEMİR, s. 246-247.

⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 40 vd.

¹⁰ RG Tarih: 08.12.2001, S. 24607.

biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Her tıbbi müdahale, vücut tamlığına ya da insanın manevi bütünlüğüne yönelik bir davranış ile mümkün olur¹¹. Bu bakımdan, kişilik hakları kapsamında yer alan ve hukuk düzeninin mutlak ve vazgeçilmez addettiği bu değerlere yapılan her türlü müdahale, kural olarak hukuka aykırıdır¹².

Ancak, tıbbi müdahaleler; kişinin yaşamı, sağlığı ve cismani bütünlüğü gibi en yüce kişilik değerlerine objektif anlamıyla bir müdahale teşkil etse de, söz konusu bu değerleri subjektif olarak ihlale yönelmez; diğer bir deyişle, yani kişiliğe saldırıyı amaçlamaz, tam tersine bu kişilik değerlerini iyileştirmeyi, korumayı ve geliştirmeyi amaçlar¹³. Ancak, iyileştirme amacı tek başına bu müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya yetmez¹⁴.

¹¹ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1315; GÜRELLİ, s. 267.

¹² Yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hak hukuk düzenince korunan şahıs varlığı değerlerinden olup, herkese karşı ileri sürülebilir ve herkesin uymak, saygı göstermek ve ihlal etmemek yükümlülüğü altında olduğu mutlak haklardandır. Bu nedenle, kural olarak bir kimsenin sahip olduğu bu değerlere yönelik her müdahale onun yararına olsa bile kişilik hakkına yönelik saldırı teşkil eden, hukuka aykırı bir davranıştır (ADIGÜZEL, Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, S. 19, Ekim 2014, s. 945-946; OZANOĞLU, s. 61; SEÇER, Öz, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2013/1, s. 120; MÜLLER, s. 118, N. 46; OTT, Werner, "Responsabilité civile du médecin", FJS N. 846, s. 5-6; POGGIA, Mauro, "Consentement du patient", Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm, Stämpfli Verlag, 2012, s. 336; MANAİ, "Le devoir d'information du médecin en procès", La semaine judiciaire, SJ 2000 II, s. 344; WERRO, Franz, "La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l'américaine?", La responsabilité médicale, Institut de droit de la santé, Neuchâtel 1996, s. 24). Ayrıca bkz. ÖZPINAR, s. 5 vd.

¹³ ÇİLİNGİROĞLU, s. 15.

¹⁴ Zira iyileştirme amacıyla hareket ediliyor olsa da hastanın "vücut bütünlüğüne yönelik müdahale" söz konusudur (Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 42; SEÇER, s. 120; POGGIA, s. 336; ÖZSUNAY, Ergun, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.32; ADIGÜZEL, s. 946). Bu görüş karşısında "neşterin bıçak saplamakla aynı şekilde değerlendirilemeyeceğini" ileri süren yazarlar da vardır

Buna karşın, yaşam, sağlık, vücut tamlığına yönelik olan haklara karşı müdahaleler temelde hukuka aykırı olmakla birlikte hukuk düzeni, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını sınırlı bir biçimde de olsa tıbbi müdahaleler için çeşitli kıstaslara riayet edilmesi kaydıyla kabul etmiştir¹⁵.

O halde, tıbbi müdahaleler niteliği gereği kişinin yaşamına, sağlığına ve cismani bütünlüğüne bir müdahale teşkil etse ve bu nedenle temelde hukuka aykırı sayılsa bile, bu hukuka aykırılık hastanın rızası, hastanın üstün nitelikteki yararı ve üstün nitelikte kamu yararı gibi hukuka aykırılığı engelleyen nedenlerden biriyle ortadan kalkabilir; diğer bir deyişle yapılan müdahale hukuka uygun hale gelebilir¹⁶. Hukuka aykırılığı engelleyen bu nedenler aşağıda açıklanacaktır.

II. TIBBİ MÜDAHALEYE HASTANIN RIZA GÖSTERMESİ YOLUYLA HUKUKA AYKIRILIĞIN ENGELLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Kişiyeye yapılacak olan tıbbi müdahale, kişinin hastalıklarının teşhisine, tedavisine, ileride oluşabilecek bir hastalığın önlenmesine, yaşam kalitesinin artmasına veya nüfus planlamasına yarayacak ise; diğer bir deyişle, kişinin menfaatine olarak yapılıyor ise, onun bu tıbbi müdahaleye rıza göstermesi halinde kişilik hakkına yapılan bu müdahale hukuka uygun hale gelir¹⁷. Aksi halde, gerekli kıstaslara uygun şekilde hastadan rıza alınmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler, yukarıda açıklandığı üzere, kural olarak hukuka aykırı sayılacaktır.

Nitekim, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un¹⁸ m.70/f.I, c.1 hükmü uyarınca “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı*

(HONSELL, Heinrich, Die Aufklärung des Patienten über therapeutische Alternativen und Behandlungskosten, RSJ 2006, s. 403; CR-Werro, Art. 398 CO, N. 21).

¹⁵ IŞIK-YILMAZ, s. 390.

¹⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 35-37. Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı kişiliğine dâhildir. Kişinin hukuka uygun olarak verilmiş rızası olmaksızın bu değerlere yapılacak herhangi bir müdahale yoluyla söz konusu değerlerin ihlal edilmesi kişilik hakkına saldırı sayılır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159-160).

¹⁷ Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 52; OZANOĞLU, s. 61; YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1 S. 1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 167; ŞİMŞEK, s. 3543; OTT, s. 5-6.

¹⁸ RG Tarih: 14/4/1928, S. 863.

hacirde ise veli veya vasisinin evvelemerde muvafakatını alırlar.” Bunun yanında, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin¹⁹ ilkeler başlıklı 5. maddesinde “Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz,” hükmü yer alır. Aynı şekilde, Hasta Hakları Yönetmeliği m.22/f.I hükmü uyarınca “Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.” Yine aynı yönetmeliğin 24/f.I hükmü uyarınca “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.”

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁰ m.26/f.II hükmüne göre ise, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

Tıbbi müdahaleye rıza göstermek, hukuki işlem benzeri bir fiildir. Zira rıza, esasen hukuki bir sonuca değil de, tamamen fiili bir sonuca, yani tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Hukuk düzeni ise, bu irade açıklamasının içeriğiyle ilgilenmeksizin ona hukuki bir sonuç bağlamaktadır²¹. Hukuka aykırılığın bilinmesine, engellenmek istenmesine gerek yoktur.

Tıbbi müdahaleye rıza, müdahalenin yapılmasından önce verilmelidir. Bunun sebebi, haksız fiillerde hukuka uygun sebepleri arasında sayılan mağdurun rızasının zararın doğumundan önce verilmesi gerekliliğidir. Aksi halde, zarar bir kez gerçekleştiikten sonra verilen rıza, sadece tazminat talebinden vazgeçme anlamına gelir²².

Hayatın olağan akışı içinde hasta, duyduğu acıların en doğru ve hızlı şekilde dindirilmesi ve iyileşmesi için kendi vücudu üzerinde müdahalede bulunması için hekime başvurmuştur. Diğer bir ifade ile kendisini, sağlığını tehdit eden faktörlerin teşhisi ve etkisiz hale getirilmesi için hekime emanet etmektedir. Hekim ise, hastanın göstereceği rızaya dayanarak, mesleki bilgi ve becerisini kullanarak

¹⁹ RG Tarih: 01.08.1998, S. 23420.

²⁰ RG Tarih: 12.10.2004, S. 25611.

²¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 44.

²² TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, s. 490; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 605; ÇİLİNGİROĞLU, s. 53.

hastanın sorununu çözmek için onun doğrudan sağlığını ve cismani bütünlüğünü etkileyecek müdahalede bulunmaktadır²³.

Belirtmek gerekir ki, yaşam hakkına aykırı olan yahut kişinin sağlığına veya cismani bütünlüğüne kalıcı ve onarılması güç olacak düzeyde zarar veren müdahalelere kişinin rıza göstermesi hukuk düzenince korunmaz²⁴. Ancak tedavi ve iyileştirme amacı taşıyan müdahaleler ile sağlığı koruma amacına yönelik müdahaleler için serbestçe rıza gösterilebilir ve ancak bu tür müdahalelere gösterilen rıza hukuken geçerlidir²⁵.

B. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA GÖSTERECEK KİŞİ

Tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi, bir kimsenin kendi vücudu üzerinde karar verme yetkisinden, diğer bir deyişle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır²⁶. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, esasen müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir²⁷.

Nitekim, öğretilerde ve uygulamada kabul edildiği üzere, tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır²⁸. Bu nedenle, kural olarak rızası alınması gereken kişi hastanın kendisidir²⁹.

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin işbu müdahaleye geçerli olacak şekilde rıza göstermesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir³⁰. Bunun anlamı, tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin anlam ve önemini kavrayabilecek zihinsel ve ruhsal olgunluğa ulaşmış olmasıdır.

²³ IŞIK-YILMAZ, s. 390, 393.

²⁴ Bkz. Aşağıda: IV.

²⁵ ADIGÜZEL, s. 949.

²⁶ Bkz. TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.118 vd.; KAYA, s. 53; ÖZPINAR, s. 24 ; MÜLLER, s. 117-118, N. 45; KUHN, Moritz W./ POLEDNA, Tomas, Artzrecht in der Praxis, 2. Auflage, Schultess 2007, s. 167-168.

²⁷ ADIGÜZEL, s. 948.

²⁸ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1323; ARPACI, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD C. VI S. 2 Y. 2009, s. 9; ŞENOCAK, s.73; HAKERİ, s. 300.

²⁹ ÖZSUNAY, s.51.

³⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 54 vd.

Diğer bir deyişle, söz konusu tıbbi müdahalenin niteliğini, muhtemel risklerini ve sonuçlarını kavrayabilecek bir durumda olmalıdır³¹.

Ayırt etme gücüne sahip olan hasta tam fiil ehliyeti için aranan ergin olma ve kısıtlı olmama koşullarını taşıyorsa, rıza verme ehliyeti tamdır. Bu halde, aşağıda açıklanacak olan aydınlatma yükümlülüğünün tam ehliyetli hastaya karşı yerine getirilmesi ve rızanın tam ehliyetli hasta tarafından açıklanması gerekmektedir³².

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin, yani tam ehliyetsizlerin ise tıbbi müdahaleye rıza göstermeleri, geçerli bir irade beyanında bulunmaları mümkün değildir. Kural olarak bu kişilerin adına hukuki işlemleri yasal temsilcileri yapar. Ancak, yasal temsilcinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından bir temsil yetkisi yoktur³³. Kişiye münhasıran bağlı hakların şahsen kullanılması gereklidir³⁴.

Öte yandan, öğretilerde kabul edildiği üzere, bazı haklar kişiye mutlak anlamda sıkı sıkıya bağlıdır ve bu haklar hiçbir surette temsilci yoluyla kullanılamazlar. Oysa, diğer bazı haklar kişiye nisbi anlamda sıkı sıkıya bağlıdır ve tam ehliyetsizlerin menfaatlerinin daha iyi korunması ve onların hak ehliyetinden yoksunmuş gibi görünecek ölçüde işlem yapamayacak halde kalmamaları amacıyla bu hakların yasal temsilci tarafından kullanılması kabul edilir³⁵. Yorum yoluyla yaratılan bu istisna ile, temyiz kudreti olmayan kişinin temsil yoluyla çıkarlarının korunması, genellik, eşitlik ve toplumsal adalet düşüncesine de uygundur³⁶. Buna göre, tam ehliyetsiz bir kişiye tıbbi müdahale yapılması için yasal

³¹ SÖZÜER/YASİN/KURŞAT, s. 1018.

³² OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1326 vd.; ADIGÜZEL, s. 957; HAKERİ, s. 300.

³³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 82; AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 11. Bası, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 316. Ayrıntılı bilgi için bkz. JACCARD, Marc, La représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels, Lausanne 1955.

³⁴ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1335.

³⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 83. Aslında, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında, yasal temsilciye TMK m. 16 uyarınca getirilmiş bir temsil yasağı bulunmamaktadır. Sadece yasal temsilcinin rızasına gerek olmadığı kanunda açıklanmıştır. Bu bakımdan, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci yoluyla kullanılmasının kabul edilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır (Bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 230-231).

³⁶ KÖPRÜLÜ, s. 219.

temsilcinin rıza göstermesinin korunmak istenen menfaate uygun olduğundan hukuken kabul edilebileceği öne sürülmektedir³⁷.

Öğretide bir başka görüşe göre ise³⁸, ayırtım gücü olmayan kişiler bakımından yasal temsilcinin rızasının tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüş uyarınca, hasta yakınları veya yasal temsilciden alınan rıza hasta rızası yerine geçmez. Dolayısıyla tıbbi müdahale yasal temsilci rızası ile hukuka uygun hale gelmez. Bu görüş uyarınca, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan unsur farazi rıza olacaktır³⁹. Buna göre, hasta yakınları veya yasal temsilciyle görüşülerek hastanın tıbbi müdahalenin uygulanmasına ilişkin farazi iradesinin belirlenmesi ve hastanın üstün nitelikli özel yararının gözetilmesi gerekmektedir.

Diğer bir görüş uyarınca⁴⁰, rıza vermek şahsen kullanılması gereken bir hak olduğundan, vücudu üzerinde müdahaleye maruz kalacak kişinin rıza verme hakkı yerine üçüncü kişilerin rızası geçemez. Diğer bir deyişle, rıza gösterme hakkının kullanılmasının devri söz konusu olmaz. Bu durumda, kişinin yakınları, ailesi veya kanuni temsilcisinin vereceği rıza sadece kişinin üstün özel yararının tespit edilmesi ve gerçekleştirilebilmesine hizmet eder.

Kanaatimizce ayırtım gücü olmayan kişilerin menfaatlerini daha iyi koruyabilmek amacıyla, kişiyi hiç tanımayan hekimin kişinin farazi iradesini araştırması yerine, yasal temsilcinin rızasının aranması yerinde olacaktır. Ancak, kişinin üstün özel yararı tartışmasız bir şekilde tespit edilebiliyorsa, bu rızasının aranmasına da gerek kalmayabilir.

Sınırlı ehliyetsizler bakımından ise; 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un m.70/f.I, c.1 hükmü uyarınca "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*" Benzer şekilde, Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/f.I hükmü uyarınca "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır.*"

³⁷ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s. 317.

³⁸ ADIGÜZEL, s. 959.

³⁹ ADIGÜZEL, s. 959.

⁴⁰ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1323-1324.

Öğretide katıldığımız görüş uyarınca⁴¹, kanunda ve yönetmelikte zikredilen “hacir altına alınmış kişiler”; “küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı” nedeniyle vesayet altına alınan kişilerle sınırlanmalıdır. Diğer nedenlerle (savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim; özgürlüğü bağlayıcı ceza; talep) vesayet altına alınmış kişilere ise tedaviye bizzat rıza gösterebilme imkânı tanımak gerekir. Aksi halde diğer nedenlerle vesayet altına alınan hastalar hakkında uygulanacak tedavi ve tıbbi müdahalelerde vasi rızasının aranması, bu kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanım alanlarını fazlasıyla daraltacaktır.

Küçükler bakımından ise, Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi, tıbbi müdahaleye rıza göstermek gibi şahsa münhasıran bağlı olan bir hakkın kullanımında veli ya da vasiden izin alınması gerektiğini söylerken, TMK m. 16'nın şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı konusunda sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasını almalarına gerek olmadığını söyleyen hükmüyle çelişmektedir. Üstelik bu hükümler, kişinin kendi yaşamı, sağlığı ve cismani bütünlüğüyle ilgili olarak yine kendisinin bizzat karar verme hakkını da göz ardı etmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza gösterme hususunun tamamen küçüğün yasal temsilcisine terk edilmesi düşünülemez⁴².

Buna karşın, öğretide, çocuğun korunması amacıyla, önemli tıbbi müdahaleler için küçüğün ayırtım gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın yasal temsilcinin rızasına başvurulması gerektiğini ileri süren yazarlar da mevcuttur⁴³. Ancak bu ihtimalde bile, yasal temsilcinin rızası, sadece ekonomik sonuçlar bakımından, yani küçüğün borç altına girmesi söz konusu ise önem taşır⁴⁴.

Kanaatimizce, ayırtım gücüne sahip olan küçüğün rızasının tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için yeterli olması gerekir. Zira velayet kurumunun amacı, çocuğun hak ve özgürlüklerini anlayabilmesi ve kullanabilmesi için onun kendi bağımsız kişiliğini oluşturmasına ve gelişimine yardım etmektir. Velayetin bu esnek kapsamı, çocuk olgunlaştıkça daralmalıdır. Çocuk, söz konusu tıbbi müdahalenin önem ve

⁴¹ ADIGÜZEL, s. 960.

⁴² ŞENOCAK, s. 75.

⁴³ ADIGÜZEL, s. 962. Ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 75, dn. 50'de zikredilen yazarlar.

⁴⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 56-57.

kapsamını değerlendirecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa erişmiş ise, bu konudaki şahsa münhasıran bağlı olan hakkını kendi başına kullanabilmesi kabul edilmelidir⁴⁵.

C. RIZANIN NİTELİĞİ: AYDINLATILMIŞ RIZA

1. Genel Olarak Aydınlatmanın Anlam ve Önemi

Yukarıda açıklandığı üzere, tıbbi müdahalenin hukuk düzenince kabul görmesi, kural olarak hastanın o müdahaleye rıza vermesi ile mümkün olacaktır⁴⁶. Ancak rıza tek başına yeterli değildir⁴⁷. Bunun mutlak surette hukuken geçerli olabilmesi için hastanın tıbbi müdahalenin taşıdığı riskler ve muhtemel sonuçları konusunda ayrıntılı biçimde somut ve özel duruma ilişkin⁴⁸ aydınlatılmış olması gerekmektedir⁴⁹.

Nitekim, hasta kendi geleceğini tayin etme hakkına sahip olduğu için tıbbi müdahaleye onun rıza göstermesi esastır⁵⁰. Ancak, hasta gerekli tıbbi bilgiye ve donanımına sahip değildir. Bu nedenle, yapılacak müdahaleye rıza gösterebilmesi için durumu hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olması gerekmektedir⁵¹. Hastanın, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi

⁴⁵ ŞENOCAK, s. 76; KAYA, s. 54; DUC, Jean-Michel, “Responsabilité du médecin, le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient”, AJP, Dike Verlag, 2011, s. 255.

⁴⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 161; OĞUZMAN/ÖZ, s. 23; ÇİLİNGİROĞLU, s. 57 vd.; ADIGÜZEL, s. 951; OTT, s. 6.

⁴⁷ REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, 1983, s. 8.

⁴⁸ Rıza beyanında bulunacak hastanın kendisine her türlü tıbbi müdahalenin yapılması için soyut ve genel nitelikte rıza beyanında bulunması hukuken geçerli değildir (POGGIA, s. 339). Ancak teşhis aşamasında her türlü tahlil ve tetkik için önceden rıza beyanında bulunabilir (ARPACI, s. 11; SEÇER, s. 121). Aydınlatmanın kapsamı, somut olayın özelliklerine göre ortaya konmalıdır (HAKERİ, s. 305).

⁴⁹ ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜEHFD, C. XII, S. 3-4 2008, s. 348; OZANOĞLU, s. 60; OĞUZMAN/ÖZ, s. 24; EREN, s. 604; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1323; IŞIK-YILMAZ, s. 392-393; DUC, s. 256; POGGIA, s. 336-337; MANAĪ, s. 344; BGE 117 Ib 200; BGE 115 Ib 180 vd. Tıbbi müdahalenin usulüne uygun bir şekilde icra edilmiş olması ve olumsuz sonucun doğumunda hekimin bir kusuru bulunmaması halinde bile rızanın hiç ya da yeterince aydınlatılmamış olması halinde tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğunu kabul edilmektedir (ÇİLİNGİROĞLU, s. 59; ÖZSUNAY, s. 32, 56. Yarg. 4.HD, T.07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 [YKD, C.IV, S. 6 Haziran 1978, s.905 vd.]; MÜLLER, s. 117, N. 43; BGE 133 III 121).

⁵⁰ SEÇER, s. 120; ÖZDEMİR, s. 349; MÜLLER, s. 117, N. 43.

⁵¹ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1323; IŞIK-YILMAZ, s. 394.

müdahale hakkında serbest iradesi ile makul bir karar verebilmesi, ancak hekimin, bu konuda onu aydınlatarak karar vermesine yardım etmesiyle mümkün olabilir⁵². Kaldı ki, hekime karşı duyulan güven, hasta için en yararlı olanı yapacak olmasından ziyade, gerekli bilgileri açıklayarak hastaya kendisi için en yararlı olacağını düşündüğü seçeneği seçmesi şansını sunan kişi olmasından kaynaklanır⁵³.

Bu husus, Yargıtay tarafından “(...) yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve serbest olması gerekir. Bu itibardır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır,” denilmek suretiyle ifade edilmiştir⁵⁴.

Belirtmek gerekir ki, hasta, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucu rızası ve menfaatine uygun bir şekilde iyileşmiş olsa bile tazminat talebinde bulunabilecektir. Zira hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucu maddi zarar ortaya çıkmasa da, kişilik haklarının ihlali başlı başına manevi zarar olarak değerlendirilir⁵⁵.

Aydınlatma, hekimin, hastasına gerçekleşmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir tıbbi müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak hastayı yeterli düzeyde ve uygun bir şekilde bilgilendirmesi, onu tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek bir duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır⁵⁶.

Aydınlatma yükümlülüğü sadece hekimin hastaya bilgi vermesini içeren tek yönlü bir bilgilendirme yükümlülüğü değildir; hastanın bilgiyi anlaması, kendi yaşam planı bakımından anlamlandırması ve tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermemek hususunda serbestçe karar

⁵² ÇİLİNGİROĞLU, s. 59-60; YILMAZ, s. 167; ÖZDEMİR, s. 348; HAKERİ, s. 273; ÖZPINAR, s. 35.

⁵³ ADIGÜZEL, s. 944.

⁵⁴ Yarg. 4.HD T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (YKD. C. IV, S. 6, Haziran 1978, s. 905 vd.).

⁵⁵ ADIGÜZEL, s. 985.

⁵⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 59; ÖZSUNAY, s. 32; ADIGÜZEL, s. 950; ÖZDEMİR, s. 348, 361 vd.; YILMAZ, s. 167, 171 vd.; KAYA, s. 56; SEÇER, s. 121; IŞIK-YILMAZ, s. 395; MÜLLER, s. 112, N. 28; DUC, s. 254.

verebileceğ duruma gelmesinin sağlanması esastır⁵⁷. Kısaca, hastanın onay verdiği müdahalenin ne olduğunu, önemini ve sonuçlarını anlayabilmesi sağlanmalıdır⁵⁸. Bu bakımdan, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, müdahalenin niteliğine, durumun aciliyetine ve arz ettiği risklere⁵⁹, hasta için hayati tehlike teşkil edip etmemesine, hastanın bilgi ve kültür düzeyine göre değişkenlik gösterebilmektedir⁶⁰.

Belirtmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan resmi sağlık memurunun yükümlülüğüdür. Aydınlatılacak kişi ise, yukarıda açıkladığımız üzere bu müdahaleye rıza göstermesi gereken kişidir⁶¹. Örneğin, rıza gösterme yetkisini haiz kişi yasal temsilci ise, aydınlatma yükümlülüğü de yasal temsilciye karşı yerine getirilmelidir⁶².

2. Aydınlatmanın Kapsamı

Hekim hastasını, elde ettiği bulgular ve teşhis hakkında; önerdiği tedavi ve tedavi süreci hakkında ve de karşılaşılabilecek olası, bilinen veya bilinmesi gereken tüm riskler hakkında aydınlatmalıdır⁶³. Bu aydınlatma, sadece kişinin sağlığıyla ilgili değil; aynı zamanda tıbbi müdahalenin ekonomik yönüyle, yani işlemlerin maliyetiyle de ilgili olmalıdır⁶⁴. Bunun yanında, hekim; hastayı durumu, ilaçların etkileri ya da iyileşme sürecinin işleyişi konusunda bilgilendirmeli; hastanın tedavi boyunca ve hatta sonrasında işin özüne uyan doğru davranışlarda bulunmasını sağlayacak

⁵⁷ OZANOĞLU, s. 60; ADIGÜZEL, s. 951-952; ÖZDEMİR, s. 352; HAKERİ, s. 268 vd.; POGGIA, s. 339; WERRO, s. 24.

⁵⁸ IŞIK-YILMAZ, s. 393; HAKERİ, s. 268 vd.; ÖZPINAR, s. 35.

⁵⁹ Riskler arttıkça aydınlatma daha ayrıntılı olmalıdır (ÖZDEMİR, s. 360-361).

⁶⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 64 vd.; OZANOĞLU, s. 70; SEÇER, s. 122; POGGIA, s. 340; MANAİ, s. 347.

⁶¹ HAKERİ, s. 300 vd.; ÖZSUNAY, s. 49 vd.

⁶² ADIGÜZEL, s. 962.

⁶³ Buna, teşhis, tedavi ve riziko aydınlatmasını içeren “müdahale aydınlatması” ya da “kendi geleceğini belirleme aydınlatması” denir (ÇİLİNGİROĞLU, s. 60; OZANOĞLU, s. 65 vd.; ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2011/2, s. 190; ÖZDEMİR, s. 352 vd.; HAKERİ, s. 275 vd.; ŞİMŞEK, s. 3551 vd.; MÜLLER, s. 116, N. 41; POGGIA, s. 339; MANAİ, s. 348 vd.; HERZOG-ZWITTER, Iris, “Die Aufklärungspflichtverletzung und ihre Folgen”, HAVE – Haftung und Versicherung, Schultess, 2010, s. 317 vd.; KUHN/POLEDNA, s. 174 vd.).

⁶⁴ POGGIA, s. 339; DUC, s. 257; MANAİ, s. 352; WERRO, s. 24; HONSELL, s. 401-406.

şekilde onu aydınlatmalıdır⁶⁵. Bu anlatım, mümkün olduğunca basit ve anlaşılabilir olmalıdır⁶⁶.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁶⁷ m.26 hükmüne göre, hekim hastasını; hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası aksi tesirleri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, verilen olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Bilgilendirmenin kapsamı” kenar başlıklı m.15 hükmüne göre ise; “*Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.*”

Aydınlatma yükümlülüğünün bazı sınırları olması gerektiği öğretilerini sürülmektedir. Buna göre, hastanın sağlık durumuna ilişkin ağır veya kaçınılmaz sonuçların söz konusu olması ve bu durumun açıklanmasının hastanın ruhsal çöküntüye uğraması ve pes etmesine yol açacak olması ihtimalinde; söz konusu açıklamanın yapılması aydınlatma yükümlülüğünün varlık amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu halde, hekimin kişinin iyileşme umudunu sürdürmesi ve tedaviye zarar vermemek amaçlarıyla, iyileştirme hedefine faydalı olacaksa susması gerektiği öne sürülmektedir⁶⁸.

⁶⁵ Buna “koruma aydınlatması” denir (OZANOĞLU, s. 68; ORAL, s. 191; HAKERİ, s. 284 vd.; ŞİMŞEK, s. 3551 vd.; MÜLLER, s. 116, N. 41; MANAİ, s. 352 vd.; HERZOG-ZWITTER, s. 321 vd.; KUHN/POLEDNA, s. 184 vd.).

⁶⁶ DUC, s. 254. Hekim hastaya ayrıntılı tıbbi bilgi vermek zorunda değildir. Aksine hastanın gelişme seviyesi, yaşı ve sağlık anlayışına uygun bir aydınlatma yapılmalıdır (IŞIK-YILMAZ, s. 405).

⁶⁷ Türk Tabipler Birliği 47. Büyük Kongresi'nde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Yayın Tarihi: 01.02.1999.

⁶⁸ ÖZSUNAY, s. 46 vd.; ADIGÜZEL, s. 977; YILMAZ, s. 173; SÖZÜER/YASİN/KURŞAT, s. 1020; MÜLLER, s. 118-119, N. 48; DUC, s. 256;

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin m.14/f.II hükmü de bu doğrultuda “*Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur,*” diyerek hekimin bazı hallerde susmayı seçebileceğini ifade etmiştir.

Benzer şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği m.19/f.I hükmü uyarınca “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*”

Ancak bu durumda, kişinin kendi sağlığıyla ilgili geleceğini tayin imkânının ortadan kalkması söz konusudur. Bu nedenle, söz konusu görüşe tereddütle yaklaşmak ve bunu kural haline getirmemek yerinde olur⁶⁹. Sadece hastanın büyük üzüntü duyması, karamsarlığa kapılması, bunalım geçirmesi gibi ihtimallerin varlığı, aydınlatma yükümlülüğüne istisna getirilmesi için tek başına yeterli değildir⁷⁰.

Bir diğer sınırlama ise, hastanın bu yöndeki isteği ile meydana gelir⁷¹. Hasta kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde hastalığı hakkında aydınlatılmak istemediğini beyan etmiş olabilir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.27 hükmüne göre; “*Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.*” Aynı şekilde, Hasta Hakları Yönetmeliği madde 20’ye göre; “*...hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.*”

MANAİ, s. 361. “*Hastanın aydınlatılması, onun yaşamı ya da sağlığı için ciddi bir tehlike doğuracaksa, bundan vazgeçilmesi söz konusu olabilir.*” (Elektroşok Kararı, BGHZ 29, 46, NJW 1959, 811 [ÖZSUNAY, s. 37’den naklen]). “*Hastayı aydınlatmak suretiyle öldürmekten kaçınmak gerekir.*” (HAKERİ, s. 317-318). “*Hekimin ödevi, hastayı ürküntüye düşürecek ve dolayısıyla fiziksel ve psişik durumuna zarar verecek ya da tedavinin başarısını tehlikeye düşürecek boyutlara kadar abartılmamalıdır.*” (KANETİ, s. 70).

⁶⁹ OZANOĞLU, s. 71-72.

⁷⁰ ADIGÜZEL, s. 978.

⁷¹ MÜLLER, s. 119, N. 49; MANAİ, s. 360.

O halde, hasta tedavisinin sonuçları hakkında bilgi edinmek istemiyorsa, bilgi verilmemelidir.

3. Aydınlatmanın İspatı

Uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorun ise, aydınlatma yükümlülüğünün ifa edilmiş olup olmadığının ispatı meselesidir⁷². Yargıtay tarafından kabul edilen görüş uyarınca, aydınlatma yükümlülüğünün ifa edildiğinin hekim tarafından ispat edilmesi gereklidir⁷³. Bunun sebebi olarak, temelde hukuka aykırı olan bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi (aydınlatılmış rıza) taşıdığını ispat ederek sorumluluktan kurtulmak yükü hekime yüklenmiştir⁷⁴. Her türlü delille ispat edilebilir⁷⁵.

Mevcut yasal düzenlemelerde gerek hastanın aydınlatılmasında gerek hasta rızasının alınmasında uyulması zorunlu bir şekil şartı öngörülmemiştir. Kural olarak şekil serbestisi esastır⁷⁶. Uygulamada ispat kolaylığı sağlamak amacıyla önceden hazırlanan ve tıbbi müdahaleye ilişkin genel bilgileri içeren matbu bir form ile yazılı aydınlatma tercih edilmektedir⁷⁷. Ancak, bu halde hazırlanan matbu formun hasta tarafından okunup okunmadığı, okunduysa bile anlaşılıp anlaşılmadığı dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilip getirilmediği hususunda tereddüt doğmaktadır. Bu nedenle, aydınlatma formunun her hastanın özel durumuna göre hazırlanmak yerine matbu olarak hazırlanması halinde aydınlatmadan bahsedilemez. Zira tıbbi uygulamalarda esas olan hastalık değil, hastadır. Her hastalık, her hastada aynı şekilde ortaya çıkmaz. Bu nedenle aydınlatmanın matbu formlarla

⁷² Bkz. OZANOĞLU, s. 73 vd.

⁷³ YILMAZ, s. 177; ÖZSUNAY, s. 56; Yarg. 4.HD T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (YKD. C. IV, S. 6, Haziran 1978, s. 905 vd.); Yarg. 13. HD T. 16.09.2008, E.4219/K.10660 (KAYA, s. 66, dn. 85'den naklen). Aynı yönde bkz. POGGIA, s. 341-342; BGE 133 III 121.

⁷⁴ ÖZDEMİR, s. 371; KUHN/POLEDNA, s. 170. Ancak belirtmek gerekir ki, koruma aydınlatması söz konusu olduğunda, sadece sözleşmesel bir koruma ve özen borcuna aykırılık söz konusu olacak ve hekim ile hasta arasındaki sözleşmeden doğan bu borcun ifa edilmediğinin ispat külfeti alacaklı üzerinde olacaktır (ÖZDEMİR, s. 372).

⁷⁵ KAYA, s. 67.

⁷⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 71 vd.; ÖZSUNAY, s. 53; KAYA, s. 65; ÖZDEMİR, s. 366; MÜLLER, s. 120, N. 52; POGGIA, s. 340-341; KUHN/POLEDNA, s. 212.

⁷⁷ POGGIA, s. 345.

yapılması anlamsızdır⁷⁸. Nitekim, Yargıtay'a göre, bu formun imzalanmış olması, tek başına aydınlatmanın yapıldığını ispat için yeterli değildir⁷⁹.

Öncelikle hekimin hastaya gerekli açıklamaları yapması ve hastanın sorularını uygun bir şekilde yanıtlaması, daha sonra hastanın durumuna göre özel olarak hazırlanan aydınlatma formunun hasta ile birlikte doldurularak imzalanması basamaklarını içeren bir şeklin benimsenmesi yerinde olacaktır⁸⁰.

III. HASTANIN RIZASININ BULUNMADIĞI HALDE TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUN OLMASI

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için kural olarak yaşam hakkına ve cismani bütünlüğüne müdahale edilecek olan hastanın rızası gerekli olsa da, bazı özel durumlarda bu rızanın varlığı söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için aranmayabilir. Aşağıda, bu haller incelenecektir.

A. ÜSTÜN KAMU YARARINA DAYANARAK YAPILAN BAZI MÜDAHALELER

Kişinin yaşam hakkını, cismani bütünlüğünü ve sağlığını bir dokunulmazlık ile koruma altına alan Anayasamızın 17. maddesi, bazı tıbbi müdahalelerin kişinin rızası bulunmasa dahi gerçekleştirilebilmesini öngörmüştür. Özellikle kamu sağlığını ilgilendiren hallerde, bulaşıcı hastalıklarla mücadele sırasında, kanuna uygun olarak yerine getirilmesi gereken aşılama, kişinin buna muhalefet etmesine rağmen zorla yerine getirilebilir⁸¹.

Örnek olarak, Umumi Hıfzısıhha Kanununda hekimlerin kolera, humma, veba gibi hastalıkları muayene etmeye yetkili oldukları (m. 67) ve bu yetkilerini kullanmalarını önleyenlerin cezalandırılacağı (m. 284) düzenlenmiştir.

Bazı hallerde ise, kişilik hakkına müdahale teşkil eden bir tıbbi müdahaleyi kanun gereği veya mahkeme emriyle gerçekleştirmek gerekebilir. Örneğin, kan grubunun veya kandaki alkol miktarının

⁷⁸ ÖZSUNAY, s. 53 vd.; ADIGÜZEL, s. 963-964; IŞIK-YILMAZ, s. 407. Ayrıca bkz. ÖZDEMİR, s. 366-367; HAKERİ, s. 310; DUC, s. 258; POGGIA, s. 346.

⁷⁹ Yarg. 13. HD. T. 16.09.2008, E. 4219/ K. 10660 (ŞİMŞEK, s. 3549'dan naklen).

⁸⁰ ADIGÜZEL, s. 965; ÖZSUNAY, s. 55.

⁸¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 45; KÖPRÜLÜ, s. 270. Ayrıca bkz. SCHAUB, Rainer, "Die Zulässigkeit der Zwangsbehandlung und Zwangseinlieferung von Kranken", Jahrbuch der Basler Juristenfakultät, S. 38-39, 1959-1960.

belirlenmesi gibi amaçlarla mahkemeler tarafından yapılmasına karar verilen tıbbi muayenelerin kişinin cismani bütünlüğüne müdahale teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bunların hukuka uygun sayılması gerekir⁸².

Bir diğer örnekte, Türk Medeni Kanununun 284. maddesi soybağına ilişkin davalarda tarafları ve üçüncü kişileri, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere, örneğin kan vermeye veya DNA testine rıza göstermekle yükümlü kılmaktadır (TMK m. 284/b.2).

B. HASTANIN ÜSTÜN ÖZEL YARARINA DAYANARAK YAPILAN BAZI MÜDAHALELER

Acil bir durumda, kişinin hayatının ve cismani bütünlüğünün devamını sağlamak için derhal bir müdahale gerekirse ve bu halde hastanın rızasının alınmasına da olanak bulunmazsa, hekimin tıp kurallarına uygun olarak yaptığı müdahale hukuka aykırı sayılmamalıdır⁸³. Zira bu halde, kişinin üstün nitelikteki özel yararına hizmet eden bir tıbbi müdahale söz konusudur⁸⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/d uyarınca “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*” Aynı yönetmelik m.24/f.VII hükmü uyarınca “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati*

⁸² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s. 385.

⁸³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 161; ÖZSUNAY, s. 43; MÜLLER, s. 118, N. 47; DUC, s. 255; POGGIA, s. 337; BGE 133 III 121. Benzer şekilde, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) 2. Bölüm m.8 hükmüne göre, “*acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir.*” Ayrıca bkz. TOPUZ, Seçkin, “Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFD, C. III, S. 1, 2008, s. 293-313.

⁸⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 51. Bu ihtimalde, kişinin “varsayılan rızası” gereği hekimin müdahalesinin hukuka uygun olacağına ilişkin bkz. ORAL, s. 203 vd. Hastanın varsayılan rızasına ilişkin bkz. MÜLLER, s. 119-120, N. 50-51; DUC, s. 257; POGGIA, s. 337-338; MANAÍ, s. 355 vd. *Tacir*’e göre ise, hekimin hastanın rızasını varsayması kendi geleceğini belirleme hakkını zedeler. Bu durumda hekim, hasta adına da olsa aslında kendi iradesini ortaya koymaktadır. Kaldı ki acil durumlarda hasta iradesinin hangi yönde olduğunu varsaymak ve belirlemek imkânsızdır. Bu nedenle rızanın varsayımına dayanılarak değil, zorunluluk nedeniyle meşrulaştığı kabul edilmelidir (TACİR, s.174-175).

tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.”

Örneğin, bir kazada yaralanmış ve kendisini kaybetmiş kişiye yapılan tıbbi müdahale, tıp biliminin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla, kişinin hayatını kurtarmak amacıyla yapılmış olduğundan hukuka aykırı bir saldırı olarak değerlendirilemez⁸⁵.

Bir diğer örnekte ise, kişinin rızası alınarak girişilen bir ameliyat sırasında genel anestezi altındaki hastaya önceden öngörülemeyen, onun rızası dışında kalan, ancak tıbbi bir zorunluluk gereği yapılması gereken bir müdahalenin gerçekleştirilmesi de hukuka uygun sayılmalıdır⁸⁶. Yargıtay'ın karşısına çıkan bir olayda, böbreğindeki taşı aldırma için ameliyat masasına yatan hastanın böbreğindeki aşırı iltihaplanma sebebiyle böbreğin alınmasını zorunlu ve acil görerek müdahalede bulunan hekimin söz konusu müdahalesi “*tıbben normal ve gerekli olanın yapılmış olması*” sebebiyle hukuka uygun sayılmıştır⁸⁷.

Buna benzer olaylarda, hekimin hastanın rızasını aramaksızın doğrudan müdahale edebilmesi için; kişinin kendisinden veya kanuni temsilcilerinden hukuken kabul edilebilir bir rıza açıklamasının alınmasının durumun aciliyeti ve sair sebeplerle fiilen mümkün olmaması, tıbbi müdahalede bulunulmaması halinde hastanın ölüm tehlikesi veya sonradan telafisi çok güç olacak ağır zarara uğrama ihtimalinin kuvvetli olması koşullarının gerçekleşmiş olması gereklidir⁸⁸. Örneğin, nefes borusu tıkanan, şuurunu kaybetmiş olan bir hastanın hayata döndürülmesi için boğazında delik açılması halinde, durumun aciliyeti ve yaşam hakkının korunması gerekçesiyle söz konusu müdahalenin hukuka uygun sayılması gerekir⁸⁹.

Kişi, yaşamsal bir tehlike içinde bulunuyor ve yine de tedaviyi reddediyorsa, bu durumda yaşam hakkının üstünlüğü ve vazgeçilemez niteliği nedeniyle kişinin rızası hilafına da olsa müdahalede bulunmak

⁸⁵ Örnek için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s. 384; ÇİLİNGİROĞLU, s. 47; ÖZSUNAY, s. 43.

⁸⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 47; ÖZSUNAY, s. 44.

⁸⁷ Yarg. 4.HD, T.05.03.1971, E. 10853/K. 2906 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 48 vd. Aynı yönde bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1327.

⁸⁹ Reisoğlu'na göre hastanın zımnî muvafakati söz konusudur (REİSOĞLU, s. 7).

gerekir⁹⁰. Buna örnek olarak, Türkiye’de bir hapisanede gerçekleştirilen ölüm oruçlarına hekimlerin müdahalesi gösterilebilir⁹¹. Kişinin yemek yememeyi tercih etmesine müdahale etmek mümkün değildir. Ancak, ne zaman ki bu tercih sonucunda kişi ölüm tehlikesi içine girer, o durumda kişinin üstün özel yararı, yani yaşam hakkını korumak amacıyla hekimin tıp biliminin kurallarına göre yapacağı müdahale hukuka uygun hale gelir.

Başka bir örnek ise Yargıtay’ın çözüme kavuşturduğu bir meselede karşımıza çıkmıştır⁹². “Aşı kararı” olarak basına da yansıyan bu olayda, anne ve baba çocuklarına yapılması tıbben zorunlu görülen bir aşığı yaptırmaktan kaçınmış ve karşı çıkmış; buna rızalarının bulunmadığını yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Yargıtaya göre “*Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz.*” Görüldüğü kadarıyla Yargıtay burada çocuğun üstün özel yararını gözeterek velisinin rızası bulunmamasına rağmen çocuğun aşılınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bunun yanında, aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğuna vurgu yaparak konunun kamu yararına da hizmet ettiğini açıklamıştır.

Bu kararı takiben Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşı uygulanmasına ilişkin önüne gelen bir davada, farklı yönde görüş bildirmiştir⁹³. Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi ve bu kanun kapsamında sağlık tedbiri uygulanarak zorunlu aşının tatbik edilmesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvuru

⁹⁰ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1331.

⁹¹ Konuya ilişkin olarak bkz. BORAN, Bedia, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu, Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 3, Yaz 2007, s. 96-104.

⁹² Yarg. 2. HD T. 04.05.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162.

⁹³ Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2013/1789, Karar Tarihi: 11/11/2015, R.G. Tarih ve Sayı: 24/12/2015-29572.

hakkında verdiği kararda Anayasa Mahkemesi, tıbbi müdahalenin zorla uygulanmasının vücut bütünlüğüne ve bireysel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiğini, Anayasa'nın 17. maddesi hükmünde düzenlenen bu hak ve özgürlüğün kısıtlanmasının ancak bir kanun hükmüyle olabileceğini belirtmiştir. İlgili kanunun, doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi vermesinin kabul edilemeyeceği, bu bakımdan özgürlüklerin keyfi bir biçimde kısıtlanmasının kabul edilemeyeceği görüşünde olan Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşının tatbiki bakımından kanuni dayanağın sağlanmadığı ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde hüküm vermiştir.

Bir diğer örnekte ise, belirli bir tarikata mensup kişi, kendisine kan verilmesini tarikatın kuralları gereği reddederse, hekim bu tercihe saygı duymalıdır. Ancak, yaşam hakkı tehlikeye girmekteyse, söz konusu tıbbi müdahale kişinin üstün özel yararı gereği zorla, hastanın müdahaleye rıza vermemesine rağmen yapılmalıdır⁹⁴.

IV. HASTANIN RIZASINA RAĞMEN HUKUKA AYKIRI OLABİLECEK TIBBİ MÜDAHALELER

Kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin hukuka aykırılığı ortadan kaldıracabilmesi için bu rızanın hukuka uygun olması gerekir. Kişinin rızasının hukuka aykırı olduğu hallerde, yapılan tıbbi müdahale de hukuka aykırılıktan kurtulamayacaktır. Örneğin, yaşam hakkının mutlak ve üstün niteliği gereği, Türk hukukunda kişinin kendi rızasıyla hayatına son vermek istemesi (ötenazi) yasaklanmıştır. Dolayısıyla, kişinin bu yöndeki irade beyanı da ötenazi uygulanmasını hukuka uygun hale getirmeyecektir⁹⁵.

Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği m.13 hükmü uyarınca “*Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.*” Türk Hukukunda kişinin rızası ile ölüm hakkının verilmemesi, intihara yardımın ve ötenazinin suç olarak kabul edilmesinden de anlaşılmaktadır (TCK m.84).

⁹⁴ REİSOĞLU, s. 6.

⁹⁵ ZEVKLİLER, s. 19.

Sonuç olarak, bir kişinin öldürülmesi veya buna yardım edilmesi, kendi rızası olsa bile hukuka aykırıdır⁹⁶.

İyileşme imkânı olmayan bir hasta söz konusu olsa ve bu hasta hekim tarafından hayatına son verilmesini arzu etse dahi söz konusu bu talep kişilik haklarına aykırı olduğu için yerine getirilmemelidir⁹⁷. Yargıtay'ın da belirttiği üzere, “*kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir*”⁹⁸.

Bu açıklamalar yapılırken, tıp dilinde var olan bir ayrımı açıklamak da gereklidir. Buna göre, kişinin kendisinin hekim tarafından öldürülmesi için tıbbi yardım istemesi, aktif ötenazi olarak adlandırılır⁹⁹. Buna karşılık pasif ötenazi, bir kimseye yapılan tedavinin durdurulması suretiyle onun ölüme bırakılmasıdır¹⁰⁰. Bu ayrıma dikkat çekmemizin nedeni, pasif ötenazinin ölümcül vakalarda ve ağır hastalıklarda insan onuruna uygun bir yaşam şansı kalmayan hastalar bakımından tedavinin durdurulması isteğinin kabul edilmesi hususunun tartışmalı olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, henüz yaşamsal bir tehlikenin bulunmadığı bir dönemde önerilen bir tedavinin hasta tarafından reddedilmesi olanağı bulunmaktadır. Ancak, örneğin bir grip vakasında kişinin tedaviyi reddetmesi ile kanser hastası bir kişinin kemoterapiyi reddetmesinin aynı şekilde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilir.

⁹⁶ Bu konudaki ayrıntılı değerlendirme için bkz. GÜVEN, Kudret, “Ötenazi ve Kişilik Hakları”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 485-492; ÖZKARA, Erdem, “Türkiye’de Ötenazi uygulaması ve Ötenaziye Yaklaşım”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 493-504.

Kişinin istediği gibi yaşama hakkı olduğu gibi, istediği gibi ölme hakkının da varlığının tanınması ve bunun temel insan hakları bakımından değerlendirilmesiyle birlikte, insanların bu arzularına değer veren ve kişiye ötenazi hakkını tanıyan pozitif hukuk kurallarının bazı ülkelerde kabul görmeye başladığını görmekteyiz (OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1337).

⁹⁷ KÖPRÜLÜ, s. 270.

⁹⁸ Yarg. 4.HD T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (YKD. C. IV, S. 6, Haziran 1978, s. 905 vd.).

⁹⁹ Bkz. AKYILDIZ, Sunay, “Yaşama Hakkı Perspektifinden Aktif Ötenazi”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 465-484.

¹⁰⁰ Ayrıntılı inceleme için bkz. İNCEOĞLU, Sibel, Ölme Hakkı (Ötenazi), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.

Türk hukuk öğretisinde bir görüşe göre¹⁰¹, alete bağlı yaşayan ve hayata döneceğinden umut kesilmiş olan bitkisel hayattaki hastalara uygulanan tedavinin ve yardımın durdurulması için ölüm yardımı çeşitli kısıtlara bağlı olarak kabul edilebilmelidir.

Öğretide bir diğer görüşe göre¹⁰², kanser hastası olan bir kişinin kemoterapi ya da radyoterapi olduğunda hayatının uzayacağından emin olsa da, bu tedavileri istemediğini bilinçli olarak ifade ediyorsa; diğer bir deyişle, hayatının daha kısa süreceğini bilerek bu tedavilere rıza vermiyorsa, hekimin bu tedavilere başlamaması gerekir.

Bazı ülkelerde ise, “hasta vasiyeti” adı altında, kişinin ayırt etme gücünü kaybettiği hallerde kendisine yapılmasını istemediği tedavi ve tıbbi uygulamaları yazılı olarak belirtmesine olanak veren, hatta bunun ölümcül sonuçları olsa bile hekimin riayet etmesi gereken düzenlemeler mevcuttur¹⁰³. Henüz Türk hukukunda bu kavram kabul edilmemiştir.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve bu bağlamda insan onuruna yakışır bir hayat sürmek ve gerekirse hayatını onurlu bir şekilde sonlandırabilmek hususundaki arzusu karşısında yaşam hakkının üstün tutulması hukuk politikasının bir tercihidir¹⁰⁴. Görüldüğü kadarıyla, şimdilik, Türk Hukuku tercihinin yaşam hakkını üstün tutmak, kişinin hayatını kişinin kendi rızası hilafına korumak yönünde kullanmıştır.

Kişinin rızası hilafına onun yaşam hakkını koruyan Türk hukuk düzeninde, kişinin vücut bütünlüğü de aynı şekilde bu üstün korumadan faydalanmaktadır. Organ veya doku nakli, canlı kişilerin verici olması halinde kişilik haklarına müdahale teşkil eder. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun hem canlıdan hem de cesetten organ ve doku alınması meselesini düzenlemektedir. Bu kanunun 8. maddesine göre “*Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.*” Bu halde,

¹⁰¹ Bkz. HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, §8 N.19; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, §15 N. 35.

¹⁰² OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1330.

¹⁰³ İsviçre, Fransa, Almanya ve İngiltere’de bu yönde düzenlemeler mevcuttur (Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 161). Hasta vasiyetine ilişkin bazı hukuklardaki düzenleme ve çalışmalar hakkında bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1342 vd.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 160-161.

kişinin rızası olsa bile, yaşamının sona ermesi hususunda tehlike arz edecek bir organ veya dokunun alınması hukuka aykırı sayılacaktır¹⁰⁵.

Buna göre, kişinin beden bütünlüğüne tehlikeli ve kalıcı sonuçlar oluşturacak, kişinin sağlığına zarar verecek organ ve doku nakilleri konusunda verilen rıza, söz konusu tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez; hukuken bağlayıcı olamaz¹⁰⁶.

Sonuç olarak, kişinin yaşam hakkı ve vücut sağlığı, fiziksel biyolojik ve ruhsal bütünlüğü Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve özel hukuk normlarıyla koruma altına alınmıştır. Kişi, kendisini oluşturan cismani bütünlüğü üzerinde mutlak, terk edilemez ve vazgeçilmez bir hakka sahiptir¹⁰⁷. Rıza gösterme, ancak söz konusu rızayı beyan eden şahsın üzerinde tasarruf edebileceği haklara ilişkin olduğu takdirde geçerli olur¹⁰⁸. Kişinin yaşam hakkı, cismani bütünlüğü ve sağlığı hakkında yapılacak müdahalelere rıza göstermesi, kanunlarımızın kişilik haklarına ilişkin sistemine aykırı düştüğü takdirde tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını gidermez¹⁰⁹.

SONUÇ

Türk hukukunda kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü, kişilik hakları arasında sayılmaktadır. Bu nedenle, kişinin yaşam hakkına ve vücut bütünlüğüne her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Bilindiği gibi, kişilik hakları, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardır ve bu haklara yapılan hukuka aykırı tecavüzler karşısında kişilerin uğradıkları zararları tazmin imkânı doğar. Ancak, kişinin kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olması, o müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilecektir.

Söz konusu rızanın, yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi için, hastanın kendisine konulan teşhis, buna ilişkin uygulanması düşünülen tedavi yöntemleri, tıbbi müdahalenin taşıdığı riskler ve muhtemel sonuçları hakkında hekim tarafından bilgilendirilmiş olması gereklidir. Kısaca, hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterirken aydınlatılmış olması gereklidir. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde, söz

¹⁰⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 162 vd.; TEKİNAY, s. 256.

¹⁰⁶ KÖPRÜLÜ, s. 271.

¹⁰⁷ KÖPRÜLÜ, s. 265.

¹⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 490.

¹⁰⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 490; EREN, s. 604.

konusu rıza, kişinin yaşam hakkına ve cismani bütünlüğüne karşı yapılan bu müdahalenin hukuka uygun hale gelmesini sağlar.

Aydınlatma, kişinin kendi kaderini serbestçe tayin edebilmesine imkân sağlayacak şekilde yapılmalı; diğer bir deyişle, hastanın anlayacağı şekilde ona konulan teşhis izah edilmeli, önerilen tedavi açıklanmalı, bu konuda tedavinin taşıdığı riskler, ekonomik yük, olası maliyet, varsa alternatif tedavi yolları, kısaca hastanın somut ve özel durumu basitçe ortaya konmalıdır. Hastanın bunları anlayıp kendi geleceğini belirleyecek kararı serbestçe vermesi beklenmeli ve bu karara riayet edilmelidir. Bunlar yapılırken, hekimin; üzerine düşen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat amacıyla önceden hazırlanmış ve tek tip formlardan faydalanmak yerine, kanaatimizce, hastanın somut ve özel durumunu açıklayan daha bireyselleştirilmiş bir belge düzenlemesi yerinde olacaktır. Zira, tek tip formlar, hastanın “aydınlatıldığına” tam anlamıyla delil teşkil etmez.

Aydınlatılmış bir rıza bulunmasa da, bazı tıbbi müdahaleler hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu kabul, ya üstün kamu yararı yahut da hastanın üstün özel yararına hizmet eden bir tıbbi müdahale söz konusu olduğunda mümkündür. Üstün kamu yararına örnek olarak, salgın hastalıkları önlemek amacıyla yapılan aşilar verilebilir. Hastanın üstün özel yararına hizmet eden tıbbi müdahaleler için, kişinin rızasının alınmasına imkân olmayan hallerde ve bazen onun rızası hilafına, yaşamını kurtarmak veya vücut bütünlüğünde kalıcı ve telafisi güç ağır zararlar meydana gelmesini önlemek amacıyla yapılan müdahaleler örnek verilebilir.

Belirtmek gerekir ki, hastanın rızasının olması her durumda yapılan müdahaleyi hukuka uygun kılmaz. Kişinin vazgeçilmez ve mutlak kişilik haklarına aykırı müdahaleler için rıza göstermesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, kişinin hekim yardımıyla yaşamına son verilmesini (ötenazi) arzu etmesi ve bu yönde rıza göstermiş olması, Türk hukukunda kabul edilmemektedir. Yaşam hakkının üstünlüğüne dayanarak ötenaziyi hukuka aykırı saymak bir hukuk politikası tercihidir. Ancak, kanaatimizce, hastanın insan onuruna uygun yaşamını sürdürmesi, ölüm tehlikesini göze alarak ızdırıp verici tedavileri reddetmesi, yani pasif ötenazi, elbette çeşitli kıstaslara uyulması kaydıyla kabul edilmelidir. Pasif ötenazi, hukuken kabul edilecek olursa, hastanın sağlığı ve bilinci yerindeyken hazırladığı ve olası ağır bir hastalık halinde bilinci

kapalıyken kendisine uygulanmasını istemediği tedavileri belirleyebilmesini sağlayan “hasta vasiyeti” adıyla çeşitli ülkelerde kabul edilen kurum da, hastaların kendi kaderini tayin hakkına hizmet ettiği için kabul edilebilmelidir.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, S. 19, Ekim 2014, s. 943-995.
- AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 11. Bası, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- AKYILDIZ, Sunay, “Yaşama Hakkı Perspektifinden Aktif Ötenazi”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 465-484.
- ARPACI, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD C. VI S. 2 Y. 2009, s. 5-14.
- BORAN, Bedia, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu, Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 3, Yaz 2007, s. 96-104.
- BORAN, Bedia, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 253-260.
- DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, S. 3, 2008, s. 225-252.
- DUC, Jean-Michel, “Responsabilité du médecin, le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient”, AJP, Dike Verlag, 2011, s. 253-262.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- FİDAN, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, TAAD, C. 1, Yıl 1, S. 3, 2010, s. 349-362.

- GÜRELLİ, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, Doğumunun 100.Yılında Atatürk'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4, 1981.
- GÜVEN, Kudret, “Ötenazi ve Kişilik Hakları”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 485-492.
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, 2012.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- HERZOG-ZWITTER, Iris, “Die Aufklärungspflichtverletzung und ihre Folgen”, HAVE – Haftung und Versicherung, Schultess, 2010, s. 316-322.
- HONSELL, Heinrich, “Die Aufklärung des Patienten über therapeutische Alternativen und Behandlungskosten”, SJZ 102, Schultess 2006, s. 401-406.
- IŞIK-YILMAZ, Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S.98, 2012, s. 389-410.
- İNCEOĞLU, Sibel, Ölme Hakkı (Ötanazi), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.
- JACCARD, Marc, La représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels, Lausanne 1955.
- KANETİ, Selim, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu "Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", Ankara 12-13 Mart 1982 - Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1983, s. 61-75.
- KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 100, 2012.
- KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, İÜHF, İÜ Yayınları: 3253, Hukuk Fakültesi: 686, İstanbul 1984.

- KUHN, Moritz W./ POLEDNA, Tomas, Artzrecht in der Praxis, 2. Auflage, Schultess 2007.
- MANAÏ, “Le devoir d’information du médecin en procès”, La semaine judiciaire, SJ 2000 II, s. 341-371.
- MÜLLER, Cristoph, “La responsabilité civile du médecin”, Quelques actions en responsabilité, Heraus. François Bohnet, CEMAJ, Faculté de droit de l’Université Neuchâtel, 2008, s. 99-143.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.1315-1351.
- ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2011/2, s. 185-209.
- OTT, Werner, “Responsabilité civile du médecin”, FJS N. 846.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s. 55-77.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜEHFD, C. XII, S. 3-4 2008, s. 347-379.
- ÖZER, Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 241-252.
- ÖZKARA, Erdem, “Türkiye’de Ötenazi uygulaması ve Ötenaziye Yaklaşım”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 493-504.
- ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.

- ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- PELET, Odile, “Médecine esthétique et obligation de résultat”, Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm, Stämpfli Verlag, 2012, s. 311-322.
- PETEK, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, s. 177-239.
- POGGIA, Mauro, “Consentement du patient”, Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm, Stämpfli Verlag, 2012, s. 335-348.
- REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, 1983.
- SCHAUB, Rainer, “Die Zulässigkeit der Zwangsbehandlung und Zwangseinlieferung von Kranken”, Jahrbuch der Basler Juristenfakultät, S. 38-39, 1959-1960.
- SEÇER, Öz, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2013/1, s. 107-148.
- SOYASLAN, Doğan, “Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 261-271.
- SÖZÜER, Adem/ YASİN, Melikşah/ KURŞAT, Zekeriya, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, Bölüm 66, 2013, s. 1017-1034.
- ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s.65-80.

- ŞİMŞEK, Uğur, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, 2014, s.3535-3556.
- TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993.
- TOPUZ, Seçkin, “Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFD, C. III, S. 1, 2008, s. 293-313.
- WERRO, Franz, “La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l’américaine?”, La responsabilité médicale, Institut de droit de la santé, Neuchâtel 1996, s. 3-31.
- YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1 S. 1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 167-180.
- ZEVKLİLER, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, 1982-1982 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni (www.dicle.edu.tr/Contents/4d87aa77-7d4b-406b-ae50-9d1fdbf0350e.pdf, 26.9.2015).

CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK MAHKEMESİ KARARLARINA ETKİSİ (TBK m. 74)

*Kadir Berk KAPANCI**

ÖZET

Ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemelerinin kararlarının konuları birbirlerinden farklıdır. Öyle ki, ceza mahkemeleri suç olarak sınıflandırılan ve ceza yaptırımıyla karşılaşan fiillerle ilgilenirken, hukuk mahkemeleri -görev alanlarına giren diğer uyumsuzlukların yanında- tazminat sorumluluğuna yol açan haksız fiillerle meşgul olmaktadır. Böyle olunca da kural olarak hukuk hâkiminin ceza hâkiminin kararları karşısında bağımsız olduğu ve serbestçe hareket ederek kendi kararını verebileceği kabul edilmektedir. Bununla beraber bu prensibin bazı istisnaları da bulunmaktadır. Diğer bir deyişle bağımsızlığa dair herhalde mutlak katı bir uygulama bulunmamaktadır. Bu bağlamda çalışmanın amacı, hukuk hâkiminin ceza hukuku kural ve kararlarını ne ölçüde dikkate almak durumunda olduğunu tespit etmektir.

Anahtar Kelimeler: Ceza mahkemesi, hukuk mahkemesi, haksız fiil, tazminat, suç, ceza.

Influence of penal courts' decisions on civil courts' decisions (Art. 74 of the Turkish Code of Obligations)

ABSTRACT

The decisions of civil and penal courts highly differ in terms of content. As a matter of fact, while penal courts deal with crimes and their punishments; civil courts deal with torts which may give rise to the remedy of damages, besides other private law conflicts. As a main principle, civil court judges can independently decide on matters of tort, without any influence of penal courts' decisions on the matters of crime which may be directly connected therewith. However there are also exceptions to this main principle. To put it differently, there is no strict application of independence in the said practices. This article's aim, is to find out at what extent civil court judges can decide independently from the decisions granted by penal court judges and at what extent they should take these into account and act accordingly.

Keywords: Penal courts, civil courts, tort, damages, crime, criminal sanction.

Giriş

Ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemelerinin kararlarının konuları birbirlerinden farklıdır. Öyle ki, ceza mahkemeleri suç olarak sınıflandırılan ve ceza yaptırımıyla karşılaşan fiillerle ilgilenirken, hukuk

* Yrd. Doç. Dr. MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, berk.kapanci@mef.edu.tr.

mahkemeleri -görev alanlarına giren diğer uyuşmazlıkların yanında-tazminat sorumluluğuna yol açan haksız fiillerle meşgul olmaktadır. Böyle olunca da kural olarak hukuk hâkiminin ceza hâkiminin kararları karşısında bağımsız olduğu ve serbestçe hareket ederek kendi kararını verebileceği kabul edilmektedir. Bununla beraber bu prensibin bazı istisnaları da bulunmaktadır.

İşbu çalışmamız, özel olarak TBK m. 74'te yer alan ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ilişki kapsamında ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi kararlarına etkisini ele almayı hedeflemektedir. Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle genel olarak suç ve haksız fiil kavramları karşılaştırılacak (I), sonrasında ise ceza mahkemesi kararlarının kesin hüküm etkisi (II) ve kesin delil etkisine (III) değinilecek, son olarak da bazı özel haller bakımından hukuk hâkiminin bağımsızlığı prensibi (IV) inceleme konusu yapılacaktır.

I. Suç ve Haksız Fiil Kavramlarının Karşılaştırılması

1. Genel Olarak

Hukuk düzeni, bazı fiilleri tasvip etmez. Bu fiiller hukuka aykırı fiiller olarak adlandırılırlar¹. Hukuka aykırı fiillerin gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku bakımından birtakım sonuçları vardır².

Ceza hukuku bakımından tasvip edilmeyen fiiller suç olarak adlandırılmakta ve ceza yaptırımına tabi tutulmaktadır. Suç genel teorisi, suçun hukuki bir kavram olarak diğer hukuka aykırı fiillerden nasıl ayrıldığı, suçun unsurlarını ve suçun cezalandırılabilmesi için gerekli

¹**Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Türk Borçlar Kanunu'na Göre) Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 282, 465.

²**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, “*L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile en réparation en droit turc*”, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981, s. 562; **Von Tuhr**, Andreas (çev. Edege, Cevat), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları, N. 15, 1983, s. 385; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 711; **Engel**, Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Staempfli Editions SA, Berne, 1997, s. 572; **Bağatur**, Ege, “*Medeni Hukuk ile Ceza Hukuku Arasındaki İlişki, BK'nun 53. Maddesinin İncelenmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1965, Sayı 5, s. 578-583, s. 578; **Doğanay**, İsmail, “*Hukuk Hâkimi, Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararı İle Bağlıdır?*”, Yargıtay Dergisi, Sayı 2, s.21-31, s. 22.

şartları tespit eder³. Buna göre suçun dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar, kanunilik unsuru, maddî unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevî unsurdur.

Özel hukuk bakımından ise haksız fiil unsurlarını taşıyan hukuka aykırı fiiller tazminat yaptırımına tabi tutulmaktadır⁴. Özel bir sorumluluk hükmü ile⁵ düzenlenmemiş bütün hallerde, bir kimse için haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması, TBK m. 49/I'deki şartların gerçekleşmesine bağlıdır⁶, ⁷. TBK m. 49/I bir kimsenin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için dört unsur öngörmüştür. Bunlar, hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı unsurlarıdır.

Unsuruları bakımından olduğu gibi, suç ve haksız fiilin yaptırımları arasında da fark bulunmaktadır. Haksız fiil işleyen kişi tazminat yaptırımına tabi tutulmaktadır. Tazminat zarara uğrayan kişinin zararının

³**Yenerer Çakmut**, Özlem, “§21 Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve m. 74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamanasını Kavramlarına Kısa Bir Bakış”, İstanbul Barosu, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları Cilt II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borç İlişkinlerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkinlerinin Sona Ermesi – Zamanasını, 28-29 Nisan 2012, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 28-37, s. 32; **Artuk**, Mehmet Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Yenidünya**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 221; **Özbek**, Veli Özer/ **Kanbur**, Nihat/ **Bacaksız**, Pınar/ **Doğan**, Koray/ **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 183; **Demirbaş**, s. 189; **Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Beta Yayınları, 2014, s. 197; **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 74; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 162.

⁴**Tandoğan**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 347; **Syboz**, Georges, “*Deux Rapports de l'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral avec l'action pénale: les art 53 et 60 al. 2 CO*”, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981, s. 622.

⁵Özel hallerde örnek olarak kusursuz sorumluluk halleri gösterilebilir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 497 vd.; **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 135 vd.; **Eren**, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 614 vd.).

⁶Ayrıca TBK m. 49/II'de ahlaka aykırı fiillerden dolayı sorumluluk düzenlenmiştir. Ancak haksız fiilin bu türü inceleme konumuzun kapsamı dışında kaldığından ele alınmayacaktır.

⁷**Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 160.

karşılanması amaçlamaktadır. Suçun yaptırımı ise cezadır. Ceza verilmesinin amacı toplumsal veya bireysel olarak suç işlenmesinin engellenmesidir⁸. Tazminat yaptırımı sadece malvarlığına yönelik iken, ceza yaptırımı malvarlığına veya özgürlüğe yönelik olabilir. Tazminatın şeklinin ve miktarının belirlenmesi TBK m. 51-52’de düzenleme altına alınmaktadır. Tazminat yaptırımı nakden veya aynen olabilir. Nakden tazminat para ile zararın giderilmesi, aynen tazminat ise para dışında bir yoldan zararın giderilmesidir. Aynen tazminata örnek olarak zarar verilen eşyanın tamir edilmesi örnek gösterilebilir. Cezalar bakımından ise kanunilik (yasallık) ilkesinin bir sonucu olarak her suçun cezası kanunda tespit edilmektedir. Ceza yaptırımı, hürriyeti bağlayıcı şekilde veya bir miktar paranın ödenmesi şeklinde söz konusu olabilir⁹. Para cezası, nakden tazminattan farklı olarak mağdur olan kimseye değil devlete ödenmektedir¹⁰. Yine para cezasına ancak kanunda açık hüküm varsa hükmedilebilir¹¹. Bunun yanında ceza hukukunda yaptırımın verilmesi bakımından re’sen takip esası kabul edilmiştir. Ceza, re’sen verilecektir. Oysa ki özel hukukta haksız fiiller bakımından re’sen tazminata hükmedilmesi söz konusu değildir¹².

Öte yandan her bir durumda suç ve haksız fiil kavramları üst üste gelmeyebilir. Bu bakımdan yapılacak değerlendirmede karşımıza üç farklı olasılık çıkacaktır¹³:

- *Sadece haksız fiil teşkil eden fiiller*¹⁴: Bu fiiller özel hukuk bakımından yaptırımı tabi tutulmakla beraber ceza hukuku bakımından herhangi bir yaptırımı tabi tutulmamaktadır. Örnek olarak kasta dayanmayan haksız rekabet, haklı

⁸**Yenerer Çakmut**, s. 32; **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014,s. 556; **Erçin**, s. 19; **Tandoğan**, s. 348; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 163.

⁹**Demirbaş**, s. 558.

¹⁰**Erçin**, s. 20.

¹¹**Erçin**, s. 19.

¹²**Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 470; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 174.

¹³**Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 465; **Erçin**, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi [B.K. 53. Madde], DER Yayınları, İstanbul, 2000, s. 20.

¹⁴**Kılıçoğlu**, “*Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi*”, AÜHFD, Yıl 1973, Cilt XXIX, Sayı 3-4, s. 186-225, s. 185; **Tandoğan**, s. 348; **Yazar**, s. 247; **Arslan**, İsmail, “*Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(I)*”, Yargıtay Dergisi, Yıl 1980, Cilt 6, Ocak-Nisan 1980, Sayı 1-2, s. 157-178, s. 164.

sebebe dayanılmaksızın nişanın bozulması, irade sakatlığı sebebi olarak hile¹⁵halleri gösterilebilir¹⁶.

- *Sadece suç teşkil eden fiiller*¹⁷: Kanunkoyucu her zaman bir fiilin suç teşkil etmesini tazminat yaptırımını gerektirip gerektirmediğine göre saptamamaktadır. Bazı fiiller suç teşkil ettikleri halde haksız fiil oluşturmamaktadır. Bunun sebebi bu fiiller bakımından zarar unsurunun bulunmamasıdır¹⁸. Zarar yoksa haksız fiilden ve dolayısıyla tazminat yaptırımından da söz edilemez. Halbuki zarar, suçun bir unsuru değildir. Örnek olarak kırmızı ışıkta karşıdan karşıya geçilmesi, süratli araba kullanılması, adam öldürmeye teşebbüs edildiği halde bir zararın oluşmadığı haller gösterilebilir¹⁹.

*Hem suç hem de haksız fiil teşkil eden fiiller*²⁰: Bu fiiller yaptığımız olasılık gruplamasında çoğunluğu teşkil eder. Zira özel hukuk kapsamında haksız fiil oluşturan bir fiil çoğunlukla bir suç da teşkil etmektedir. Örnek olarak adam yaralama, hırsızlık, yağma halleri gösterilebilir²¹. Aşağıda yapacağımız değerlendirmeler²² bakımından bu grup önem taşımaktadır.

2. Bağımsızlık Prensibi

Özel hukuk ve ceza hukuku arasında aşağıda yeri geldikçe belirtilecek olan farklılıklar, ceza muhakemesi kararları ile hukuk muhakemesinde verilen kararlar arasında bir “bağımsızlık prensibi” konulmasını gerektirmiştir²³. TBK m. 74, hukuk hâkiminin kararını

¹⁵Verilen örnekte dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı bir ihtimal değerlendirilmektedir.

¹⁶Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 465; Erçin, s. 22.

¹⁷Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 185; Tandoğan, s. 348.

¹⁸Erçin, s. 21; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 164.

¹⁹Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 466; Erçin, s. 21.

²⁰Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 185; Tandoğan, s. 348; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 165.

²¹Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 466.

²²Bkz. II, III, IV.

²³Erçin, s. 46/49; Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 187; Tandoğan, s. 349; Rossel, Virgile, Manuel Du Droit Fédéral Des Obligations, Tome Premier, Librairie Payot & Cie, Lausanne-Geneve, 1920, s. 105; Scyboz, s. 621; Fick, F. (adaptation

verirken bağımsız olmasını öngörmektedir. Dolayısıyla bu madde, ceza mahkemesi kararının mevcut olmasına rağmen hukuk hâkimine serbestçe hareket etme olanağı vermesi açısından kesin hüküm itirazının bir istisnasını teşkil etmektedir²⁴. Buna göre: “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. / Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*”²⁵

Dolayısıyla bu madde ile gerek ceza hukuku kuralları gerekse de ceza mahkemesi kararları (bkz. CMK m. 223) karşısında hukuk hâkimine geniş bir serbesti ve takdir yetkisi tanınmaktadır²⁶. Ne var ki maddede öngörülen bağımsızlık prensibi nispî bir özellik taşımaktadır. Bunun anlamı, aşağıda da detayları ile incelenecek olduğu üzere, bağımsızlığın herhalde mutlak katı bir uygulamanın olmadığıdır; bir başka ifadeyle

française par Porret, Max=E.), Commentaire Du Code Fédéral des Obligations, 1er Volume, Délachaux & Niestlé S.A., Neuchatel, 1915, CO Art. 53, N. 5; **Werro, Franz**, Art. 41-61 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations art. 1-529, Loi sur le credit a la consommation, Loi sur les voyages a forfait (Thévenoz, Luc/ Werro, Franz (eds.)), Helbing-Lichtenhahn, 2003, Art. 53, N. 1; **Deschenaux, Henri/ Tercier, Pierre**, La Responsabilité Civile, Editions Staempfli & Cie SA, Berne, 1982, s. 211; **Çelik, Ahmet**, “*Tazminat Davalarında Ceza – Hukuk İlişkisi*”, s. 1-16, s. 5, www.tazminathukuku.com [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]; **Oğuzman/ Öz**, s. 81; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 711; **Eren**, s. 827; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 321; **Engel**, s. 573; **Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 725; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 177; **Müderrişoğlu**, s. 109.

²⁴ **Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 196.

²⁵ Ayrıca bkz. ve karş. 818 Sayılı BK m. 53: “*Hukuk hâkimi, kusur olup olmadığına veya haksız fiilin failinin temyiz kudretini haiz olup olmadığına karar verirken ceza hukukunun mesuliyete ilişkin hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile de bağlı değildir. Ayrıca ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez.*” Görüldüğü üzere, 6098 Sayılı TBK m. 74 ile 818 Sayılı BK m. 53 arasında değişen ifadeler dışında, maddi anlamda bir hüküm farklılığı mevcut bulunmamaktadır. Dolayısıyla aşağıdaki incelemelerimizde, 6098 Sayılı TBK m. 74’le ilgili olanların yanında, 818 Sayılı BK m. 53 ile ilgili olan eski Yargıtay uygulamasına da aynı şekilde yer verilmiştir.

²⁶ **Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 191.

hukuk hâkiminin ceza hukuku kural ve kararlarını belli ölçüde dikkate almak durumundadır²⁷.

II. Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesinde Kesin Hüküm Etkisi

Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi kararlarına etkisi, temel olarak TBK m. 74'te düzenlenmektedir. Bu hüküm münhasıran haksız fiilden doğan tazminat davalarına ilişkindir. Verilmiş olan bir ceza mahkemesi kararı, kural olarak hukuk mahkemesi için kural olarak kesin hüküm teşkil etmez. Bunun nedeni her iki mahkemenin kararının konuları, tarafları ve amaçlarının farklı olmasıdır. Bununla beraber, an itibariyle bir tek özel halde, ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil edebileceği söylenebilir. Bu hal, bir sahtecilik davasında ceza mahkemesi tarafından verilecek mahkûmiyet kararıdır²⁸.

²⁷ Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 193.

²⁸ Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu bakımından mevcut bulunan şahsî dava kapsamında (CMUK m. 365/II) talep edilen tazminat talebi de bu hallere eklenmekteydi. Yürürlükte olan 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ceza davasında şahsî hak ve tazminat talep edilmesi imkanını kaldırmıştır. Eski uygulamanın ayrıntıları ve buna bağlanan sonuçlarla ilgili bilgi için bkz. **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, Demir&Demir Yayınları, Ankara, 2001, s. 5108vd.

Benzer bir istisna, 2012 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene değin, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36/1 çerçevesinde yaş düzeltme davaları ile ilgili olarak öngörülmüştü. Buna göre yaş düzeltmeye ilişkin davalar, ancak bir defa açılabilirdi. Dolayısıyla bu bağlamda ceza mahkemesinde verilen yaş düzeltmeye ilişkin karar hukuk mahkemesinde de kesin hüküm teşkil ediyor, hukuk mahkemesinde aynı konuyla ilgili olarak bir daha dava açılması söz konusu olmuyordu (Bu konuda bkz. **Oğuzman**, Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 129; **Kuru**, Cilt V, s. 5109; **Çelik**, s. 1) Söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 17. (maddi ve manevi varlığını koruma) ve 36. (hak arama özgürlüğü) maddelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nin 6.10.2012 tarih ve 28433 sayılı R.G.'de yayımlanan, 30.3.2012 T., E. 34, K. 48 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Halihazırda, yaş düzeltme davası birden fazla kere açılabilir. Dolayısıyla, ceza mahkemesinde önceden böyle bir karar verilmiş olması, hukuk mahkemesini bağlayıcı özellik göstermemektedir.

Diğer taraftan, anılan iptal kararı verilmeden önceki dönemde, aksi yönde tavır alan bir uygulama için bkz. Yarg. CGK, 18.04.2000, E. 5-74, K. 9: "O halde ceza mahkemesi Nüfus Yasasında öngörülen yöntemi izleyerek yaşı düzeltilecek kişinin vücut yapısını gözlemleyip, hakkında bilimsel verilere dayalı olarak bilirkişi raporu aldıktan ve geçerli diğer delilleri topladıktan sonra gerçek yaşını saptayarak bir sonuca varacaktır. Ancak, olayımızda olduğu gibi bir kişinin yaşının düzeltilmesi konusunda hukuk mahkemesinden verilerek kesinleşmiş bir hüküm bulunduğu takdirde Nüfus Yasasının 46/3. Maddesi

Ceza mahkemesi, bir senedin sahteliği (Bkz. TCK m. 204, 207) ile ilgili olarak suç unsurlarını tespit edip, işleyenleri ceza yaptırımına mahkûm ederse bu karar hukuk mahkemesi bakımından da kesin hüküm teşkil edecektir. Söz konusu senet için hukuk mahkemesinde yeniden sahtelik davası açılmaz. Aksi takdirde, ceza mahkemesi önünde suç unsurları taşıdığı sabit olan bir fiilden dolayı cezalandırılan kişinin, hukuk mahkemesi önünde aynı fiili işleyen kişi olarak kabul edilmemesi ciddi bir çelişki meydana getirecektir²⁹.

Buna karşılık, ceza mahkemesi önündeki fiilin ceza hukuku bakımından suç teşkil edip cezalandırılabilmesi için gerekli şart ve unsurlar tam olarak oluşmadığı sonucuna varılır ve buna bağlı olarak beraat kararı verilirse, bu karar kural olarak hukuk mahkemesi bakımından kesin hüküm teşkil etmez; hukuk mahkemesi kararına bağlı olmaz (Bkz. HMK m. 214/II). Bir diğer deyişle senet hakkında hukuk mahkemesi önünde ayrıca bir dava açılması ve sahtelik konusunda yeni bir tespitte bulunulması mümkündür^{30, 31}. Burada kabul edilen prensip, TBK

** (=Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36/I)* hükmü karşısında ne yapılacaktır? Çünkü yaş düzeltilmesi yolundaki kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararına karşı yasa yararına bozma yoluna başvurulsa dahi bu hükmün hukuki sonuçları ortadan kalkmayacaktır. İşte bu durumda yukarıda da açıklandığı üzere gerek yerleşmiş yargısal kararlarda, gerekse öğretilerde, hukuk mahkemelerinden verilmiş kesinleşen mahkeme kararlarının ceza yargıcını bağlamayacağı esas kabul edilmiştir.*"(www.kazanci.com)[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

²⁹ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 504; Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 592.

³⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Kuru, Cilt V, s. 5109; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1138; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 504; Çelik, s. 1; Kuru, Usul Hukuku Dersleri, s. 593; Arslan, İsmail, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(III)", Yargıtay Dergisi, Yıl 1980, Cilt 6, Ekim 1980, Sayı 4, s. 507-528, s. 513; Doğanay, s. 27.

³¹ Buna karşılık öncelikle hukuk mahkemesi önünde bir karar veriliyor olsaydı, daha farklı bir değerlendirme yapılmak gerekirdi: Böyle bir durumda hukuk mahkemesi senedin sahte olmadığına ilişkin bir karar vermiş ve akabinde bu karar kesinleşmişse, artık ceza mahkemesi önünde yeniden bir dava açılarak mahkûmiyet kararı verilemez (Bkz. HMK m. 214/I). Zira bu son durumda hukuk mahkemesince daha genel bir değerlendirme yapılarak senette hiçbir suretle herhangi bir sahteliğin bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu aşamadan sonra artık ceza mahkemesi tarafından yeniden inceleme yapılarak, daha dar kapsamlı bir kavram olarak karşımıza çıkacak olan sahtecilik suçunun oluştuğu

m. 74'tekiyle benzerlik gösterir. Dolayısıyla, ceza mahkemesi önünde senette sahtecilik suçü bakımından beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı hususunda karar verilmiş olsa bile, hukuk mahkemesi önünde senedin sahteliğı konusunda tekrar bir iddia ileri sürülerek, aslında alacaklı olduğu veya borçlu bulunmadığı rahatlıkla ortaya koyulabilir. Bu durum, ceza mahkemesinde yapılan yargılamada, hukuk mahkemesine göre daha farklı hususların gözetilmesinden ileri gelmektedir³². Öyle ki somut durumdaki koşullar, dar ve teknik anlamda senette sahtecilik suçunun unsurlarını tam olarak sağlayamıyor olabilir³³. Ayrıca, kişinin ceza mahkemesinde yargılanması sonucunda verilen böyle bir karar, ceza hukukunun öngördüğü özel bir sebebe de dayanabilir³⁴. Böyle olunca, hukuk mahkemesinde senedin sahteliğı ile ilgili olarak yeniden ve bu kez özel hukuk kuralları çerçevesinde bir yargılama yapılabilmesi yadırganmamalıdır.

III. Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Kesin Delil Etkisi

1. Genel Olarak

a. Ceza Mahkemesi Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Ettiği Hallerde Kesin Delil Teşkil Etmesi

Hemen yukarıda belirttiğimiz, ceza mahkemesi kararının kesin hüküm etkisinin bulunduğu istisnai halde (senette sahtecilikle ilgili olarak) aynı kararın kesin delil etkisi de bulunmaktadır. Bu hallerde dava tarafları, konusu ve sebepleri aynıdır. Dolayısıyla ceza mahkemesinin bir senedin sahteliğine ilişkin kararı, hukuk mahkemesi önünde kesin hüküm teşkil ettiği gibi, kesin delil de teşkil etmektedir³⁵.

Ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmekle birlikte, ceza mahkemesinin kararı aleyhine olan taraf, ceza mahkemesi kararının aksini ceza mahkemesi kararından sonra meydana gelen bir kesin delil ile –örnek olarak senet, ikrar- ispat edebilecektir³⁶.

sonucuna varılması ciddi ve kabul edilemez bir çelişki meydana getirecektir (Bkz. **Pekcamtez/ Atalay/ Özekes**, s. 503; **Yılmaz**, s. 1138).

³²**Yılmaz**, s. 1138.

³³**Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 713.

³⁴**Umar**, Şerh, s. 713.

³⁵**Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 593.

³⁶**Kuru**, Cilt V, s. 5153.

b. Ceza Mahkemesi Kararlarının Yalnızca Kesin Delil Teşkil Etmesi

i. Ceza Mahkemesinde Verilen Mahkûmiyet Kararının Etkisi

a. Fiil Unsuru Bakımından

Özel hukuk bakımından fiil, yapma veya yapmama şeklinde karşımıza çıkabilir. Diğer bir deyişle, fiil bir harekette bulunma şeklinde olabileceği gibi, yapılması gerekli bir harekette bulunmama şeklinde de olabilir. Ne var ki hareketsiz kalmanın hukuka aykırı bir fiil sayılabilmesi için, söz konusu davranışta bulunulmasının zorunlu olması gereklidir³⁷. Özel hukuktaki bu fiil unsuru, ceza hukukundaki maddi unsurla benzerlik göstermektedir. Bu unsurla kişinin bilinçli davranmak suretiyle bir fiil işlemesi ve bu şekilde hukuk düzenini ihlal etmesi veya ihlal tehlikesini yaratması ifade edilmektedir. Buna göre fiil olmadan suç olmayacaktır. Özel hukuk bakımından olduğu gibi, fiil icraî şekilde (yapma) olabileceği gibi, ihmali şekilde³⁸ (yapmama) de gerçekleşebilecektir³⁹.

Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararının, fiil kısmına ilişkin bölümü hukuk mahkemesinde kesin delil etkisindedir⁴⁰. Bunun gibi bir

³⁷Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 484; Oğuzman/ Öz, s. 13; Eren, s. 519; Ayan, s. 231.

³⁸Ceza hukukunda bunlardan başka, bir de *ihmal suretiyle icrai suçlardan* (ya da nitelikli ihmali suçlardan) söz edilmektedir. Bundan söz konusu suçların, aslında olumlu bir hareketle işlenebilir suçlar olmakla birlikte, olumsuz bir hareketle de işlenmelerinin mümkün olacağı anlaşılmaktadır. (Bu konuda bkz. Demirbaş, s. 225)

³⁹Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 236; Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, s. 201; Demirbaş, s. 223 vd.; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 239 vd.; Koca/ Üzülmöz, s. 80; Bağatur, s. 579.

Ceza hukuku literatüründe yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilecek davranışları ifade etmede "*icrai/ihmalî*" davranış ayrımına itibar edilmektedir. Özel hukuk bakımından, kusur ifadesinin içinde yer verdiğimiz ihmali (gerekli özenin gösterilmemesi) unsuru ile karışabileceği için bu kullanıma başvurulmamaktadır. Aslında her iki ifade kullanımı da aynı hususlara işaret etmektedir.

⁴⁰Konuyla bağlantılı olarak şu husus da eklenmelidir. Hatırlanacak olursa haksız fiillerde zamanaşımına ilişkin TBK m. 72 f.1 ceza hukukuyla bağlantılı şöyle bir hüküm içermektedir: "*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*" Bu bağlamda, normal şartlarda ceza mahkemesince fiilin suç teşkil ettiğine ilişkin henüz bir belirleme yapılmadıysa bu hususun tespitinin hukuk hakimisi tarafından yapılacağı yaygın olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, eğer ceza mahkemesi işlenen

olayın varlığını tespit eden ceza mahkemesi kararları da kesin delil özelliği göstermektedir⁴¹. Bunun sebebi şu şekilde izah edilebilecektir: Ceza mahkemesinin kesin olarak işlendiğini tespit etmiş olduğu fiilin daha sonra işlenmediğine karar verilebilmesi ihtimali, kararlar arasında ciddi bir çelişki yaratacaktır⁴². Bu durumda da hukuk güvenliğine zarar verecektir⁴³.

Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir:

“Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesince verilebilecek mahkûmiyet kararları maddî olay yönünden Hukuk Hakimini bağlayıcı niteliktedir.”⁴⁴

“Ceza ve hukuk mahkemeleri kararları arasındaki ilişkiyi düzenleyen BK.nun 53. maddesi hükmü hukuk hâkimini, ceza mahkemesinin kesinleşen kararı karşısında maddî hukuk bakımından kural olarak bağımsız kılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk hâkiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Her mahkûmiyet kararı o eylemin hukuka aykırılığını tespit etmesi bakımından hukuk hâkimini bağlayıcı niteliktedir. Ceza hâkiminin saptadığı maddî olaylar ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı ve davalılar tarafından işlenmiş olup olmadığı hukuk hâkimini bağlar. Bir başka ifade ile Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi hükmü

söz konusu fiilin suç teşkil ettiğine ilişkin bir hüküm vermişse, durum değişecektir: Hukuk mahkemesi hakimi, artık TBK m. 74 uyarınca bu mahkûmiyet kararının fiil kısmına ilişkin kısmı ile bağlı olacağından, hukuk davasında ilgili ceza davası zamanaşımı süresini dikkate almak durumunda olacaktır (Bu konuda bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 76; **Eren**, s. 835).

⁴¹ **Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 593; **Erçin**, s. 50; **Uygun**, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 3. Cilt madde 51-108, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 2593; **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 518; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 565; **Von Tuhr** (çev. Edege), s. 386; **Werro**, CR-CO, Art. 53, N. 4; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm (Çev. Seçkin, Recai), Zürih Şerhi, İkinci Kısım, Art. 41-109 OR, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950, Art. 53, N. 8; **Çelik**, s. 6; **Oğuzman/ Öz**, s. 82; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 715; **Üstündağ**, s. 729; **Bağatur**, s. 581; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki III, s. 520; **Müderrişoğlu**, s. 113; **Ayan**, s. 322; **Yenerer Çakmut**, s. 35.

⁴² **Scyboz**, s. 620.

⁴³ **Kuru**, Cilt V, s. 5112.

⁴⁴ Yarg. 15. HD., 25.12.2008, E. 5310/ K. 7641 (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

uyarınca hukuk hâkimi ceza davasında alınmış kusur raporu ile bağlı olmamakla birlikte, kesinleşmiş ceza ilamıyla saptanmış maddî olgularla bağlıdır^{45, 46}.

Diğer taraftan ceza mahkemesi, yaptığı yargılama dahilinde, bir mahkûmiyet kararı verebilir, ancak CMK m. 231/VI'daki şartların gerçekleşmesi dahilinde bu hükmün açıklanmasını geriye bırakabilir. Hükmün açıklanması bu şekilde geriye bırakıldığında, verilen mahkûmiyet hükmü, sanık hakkında derhal geçerli olacak herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz. Bir diğer ifadeyle, ilgili durumda, fiilin işlendiği sabit görülmekte ve fakat sanık “şartlı” olarak hükmün sonuçlarından kurtulabilmektedir. Bu “şart”, karar verildikten sonra beş yıl süreyle kasten bir suç işlenmemesidir. Aksi takdirde, mahkûmiyet kararı, kişinin “şarta” uygun davranmayarak işlediği diğer suçun hüküm ve sonuçları da saklı kalmak kaydıyla, devreye girecektir. Pekiyi, böyle bir hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararının verildiği olasılıkta, hukuk hakimi nasıl hareket etmelidir? Öğretide anılan türde bir kararın verildiği olasılıkta, maddi olaylar bir kez sabit görüldüğü ve bu suretle her ne kadar açıklanması ertelense bile bir mahkûmiyet kararı verildiği için, hukuk hakiminin de verilen kararla bağlı olması ve bu yönde kendi kararını vermesi gerektiğine işaret edilmektedir. Aksi takdirde, meydana gelecek çelişki nedeniyle yargıya olan güven zedelenmiş olur ki bu da kabul edilebilecek bir sonuç olamaz⁴⁷.

Bu konudaki Yargıtay uygulaması ise, anılan öğreti yaklaşımını tam olarak benimsememekte⁴⁸, tersine hükmün açıklanmasının geriye bırakıldığı hallerde, ortada sanki bir beraat kararı varmışçasına bir mantık izlemektedir:

“Mahkemece, davalının söz konusu eylemi nedeniyle Kadırlı 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2012/23 esas sayılı dosyası üzerinden yapılan yargılama neticesinde sanığın hakaret eylemi nedeniyle ceza almış olduğu, sanığın kullandığı ifadelerin kendisine

⁴⁵Yarg. 11. HD., 28.09.2006, E. 8503/ K. 9459 (www.kazanci.com).[*Son Erişim Tarihi: 20.01.2016*]

⁴⁶Yine bu yönde başka örnekler için bkz. Yarg. 15. HD., 24.11.2008, E. 4771/ K. 7000; 13. HD., 07.10.2008, E. 14777/ K. 11825; 17. HD., 30.10.2007, E. 1892/ K. 3318 (www.kazanci.com). [*Son Erişim Tarihi: 20.01.2016*]

⁴⁷Bu konuda bkz. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 479-480.

⁴⁸Ayrıca bkz. bu yönde **Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 598.

gönderilen ihtar üzerine göndermiş olduğu mektupta yer aldığı, mektubun davacıya hitaben yazılmış olması ve söz konusu mektuptan yalnız davacının haberdar olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu m.53) "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir" biçiminde düzenlenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/5. maddesinde ise "...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Dosya içeriğinden, dava konusu eylem ile ilgili Kadırlı 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2012/23 esas, 2012/269 karar sayılı ilamı ile davalının hakaret suçundan cezalandırılıp hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. **Anılan yasal düzenlemeler göz önüne alındığında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı hukuk hâkimi için bağlayıcı nitelikte değildir.**"⁴⁹

"Davalı, olaydan sonra aracının plakasının ilk bölümünü alan ve hakkında şikayetçi olan davacı tarafından teşhis edilmiştir. Davacının, olayın en başından beri değişmeyen istikrarlı anlatımları ve taraflar arasında önceye dayalı bir husumet de bulunmamasını değerlendiren ceza mahkemesince sanığın savunması kendisini cezadan kurtarmaya yönelik olarak değerlendirilmiş ve itibar edilmeyerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. **Her ne kadar ceza mahkemesinden verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar hukuk hakimi için bağlayıcı değil** ise de tarafların iddia ve savunmaları ile birlikte ceza dosyası bir bütün olarak değerlendirildiğinde davalının davacıya yönelik haksız bir eylemde bulunduğu sonucuna varılmaktadır."⁵⁰

⁴⁹Yarg. 4. HD., 05.10.2015, E. 13443/ K. 10738 (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁵⁰Yarg. 4. HD., 04.06.2015, E. 5221/ K. 7322 (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

“1-) Mahkemece, davaya konu olaya dair olarak davalı (...)’in sanık olarak yargılandığı Konya 1. Çocuk Mahkemesi’nin 2009/897 E. ve 2011/403 K. sayılı dosyasından alınan 4.6.2010 tarihli Adli Tıp Kurumu’nun kusur raporu benimsenerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de; ilgili dava dosyasında verilen mahkumiyet hükmü yönünden **C.M.K.nun 231/5. maddesi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, anılan ceza mahkemesi kararı itiraz yolu açık olup, temyizi kabil bir karar olmadığından, eldeki dava yönünden maddi olguyu tespit eden bir karar niteliğinde değerlendirilemeyeceği, kesin hüküm teşkil etmeyeceği ve 818 Sayılı B.K.nun 53. maddesi (6098 Sayılı T.B.K.nun 74. maddesi) gereğince hukuk hakimini bağlamayacağı açıktır.**”⁵¹

b. Hukuka Aykırılık Unsuru Bakımından

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır. Fiilin hukuka aykırılığı ya bir genel davranış kuralının ihlal edilmesi ya da özel düzenleme içeren bir hukuk kuralının ihlal edilmesi⁵² halinde ortaya çıkar. Objektif bir değerlendirmeyi gerektirir. Diğer taraftan hukuka aykırılıktan söz edebilmek için, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olmamalıdır⁵³. Özel hukuktaki hukuka aykırılık unsuru ceza hukukundaki kanuni unsur ve hukuka aykırılık unsurlarıyla benzerlik göstermektedir. Buna göre kanunî unsur, bir fiilin suç olarak değerlendirilebilmesi için kanundaki tarife uygun olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kanundaki tariflere uymayan bir fiil suç olarak cezalandırılmaz^{54, 55}. Bu dar anlamda bir hukuka

⁵¹Yarg. 17. HD., 16.02.2015, E. 16604/ K. 2798 (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁵²Böyle bir durumda tazminat yaptırımının söz konusu olup olmayacağının saptanmasında, normun koruma amacı önem arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 17.

⁵³**Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 485; **Oğuzman/ Öz**, s. 21; **Eren**, s. 601; **Ayan**, s. 233.

⁵⁴**Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, s. 229; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, s. 197; **Demirbaş**, s. 211; **Centel/ Zafer/ Çakmut**, s. 219; **Koca/ Üzülmaz**, s. 96; **Bağatur**, s. 579.

⁵⁵Belirtilmelidir ki ceza hukukunda suç ve cezaların kanuniliği (yasallığı) prensibi özel hukuk alanında haksız fiiller için söz konusu olmayacaktır. Haksız fiiller için ise böyle tüketici bir sayım söz konusu değildir. Sadece sorumluluğun doğumuna ilişkin genel koşullar TBK m. 49/I’de belirtilmektedir (Bkz. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 470; **Tandoğan**, s. 348; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 175; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki II, s. 323).

aykırılıktır, zira kanunda zaten hukuka aykırı bir davranış tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kanundaki tarife uygun şekilde işlenen bir fiil kanunî unsurla beraber kural olarak hukuka aykırılık unsurunu da sağlar. Ancak bazı suçların tariflerinde “*hukuka aykırı*” olmasına özel olarak işaret edilmektedir. Bu hallerde fiil suç tarifine uygun olsa da, hukuka aykırılık saptanmadan bir sonuç söz konusu olmayacaktır. Son olarak ihmal suretiyle gerçekleştirilen suçlarda, ihmalden hukuka aykırı bir netice doğabilmesi için, failin ortaya çıkan sonuca engel olma yükümlülüğünün bulunuyor olması gerekmektedir⁵⁶.

Fiilin işlenmesi bakımından olduğu gibi hukuka aykırılık bakımından da hukuk mahkemesinde kesin delil etkisi bulunmaktadır⁵⁷. Ancak suça ilişkin cezayı belirleyen hüküm mağduru koruma amacı güden bir hüküm değilse, bir başka ifadeyle normun koruma amacının kapsamına özel olarak zarar görenin korunması girmiyorsa, hukuka aykırılık bağındaki eksiklik nedeniyle onun tazminat talep edilebilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁸.

Yargıtay uygulamasına bakılacak olursa, yine yukarıda belirttiklerimizi teyit eder nitelikte olduğu görülmektedir:

“(...) Dava konusu olayla ilgili olarak bu davadaki davalılar hakkında ceza davası açıldığı ve mahkûmiyet kararı verildiği anlaşılmakta ise de, verilen kararın kesinleştiği hususunda dosyada bir belge veya bilgi bulunmamaktadır. BK.nun 53. maddesi hükmü gereğince, ceza mahkemesinin belirlediği kusur oranı ve beraat kararı ile hukuk hâkimi bağlı değilse de, ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı, eylemin haksızlığını değerlendirmede hukuk hâkimini bağlar. Eldeki davada BK.nun 355 ve devamı maddelerine göre alınacak raporda davalılara kusur izafe edilmese dahi, kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile davalıların eylemlerinin haksız eylem olarak kabul edilip hukuka aykırılığın

⁵⁶Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 396; Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, s. 256; Demirbaş, s. 224; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 239.

⁵⁷Kuru, Cilt V, s. 5112; Tunçomağ, s. 518; Uygur, s. 2593; Kocayusufpaşaoğlu, s. 574; Von Tuhr (çev. Edege), s. 386; Werro, CR-CO, Art. 53, N. 4; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 714; Arslan, İsmail, “Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(IV)”, Yargıtay Dergisi, Yıl 1981, Cilt 7, Temmuz 1981, Sayı 3, s. 325-349, s. 325; Müderrisoğlu, s. 113; Ayan, s. 322.

⁵⁸Oğuzman/ Öz, s. 15; Kocayusufpaşaoğlu, s. 579.

*varlığının tesbit edilmiş olması dikkate alınarak tarafından durumlarına göre davacılar yararına uygun miktarda manevî tazminata hükmedilmesi gerekir*⁵⁹.

"(...) Davacının kızıyla, davalının evli olduğu, aralarındaki anlaşmazlıklar nedeniyle davalının boşanma davası açtığı, olay günü davalının kullandığı minibüs ile davacının traktörünün önüne geçerek davalının davacıdan boşanmalarına yardımcı olmasını istediği, olumlu cevap alamayınca davacıyı "kızını kaçırırım, seni öldürürüm" şeklinde tehdit ettiği, davalının bu eyleminden dolayı TCK'nın 191/1. maddesi gereğince mahkûm olduğu anlaşılmıştır. Böylece davalının davranışının hukuka aykırılığı yönünden BK'nın 53. maddesi kapsamında hukuk hâkimini bağlayıcı nitelikte mahkûmiyet kararı bulunduğu da anlaşılmaktadır. Davalının, tehdit eylemi ile davacının sosyal ve kişilik değerlerinin zarar gördüğü anlaşıldığından, bu nedenle davacı yararına manevî tazminat takdir edilmesi gerekir"^{60, 61}.

c. Kusur Unsuru Bakımından

Kusur, hukuka aykırılık unsurundan farklı olarak, objektif değil, sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirir. Dolayısıyla failin kendisi önem taşımaktadır. Failin iradesi nedeniyle kınanabilir olup olmadığı saptanır. Bu unsurun bulunabilmesi için failin temyiz kudretini haiz olması gerekmektedir. Failin kınanabilir iradesi kast ve ihmal olmak üzere iki türlü karşımıza çıkabilir⁶². Kast, failin hukuka aykırı sonucu bildiği ve istediği hallerde doğrudan kast (*dolus directus*); hukuka aykırı sonucun bilinmesi ile beraber sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin önemsenmediği hallerde ise olası kast (*dolus eventualis*) söz konusu

⁵⁹Yarg. 15. HD., 11.03.2008, E. 4780/ K. 1576(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁶⁰Yarg. 4. HD., 10.04.2008, E. 9966/ K. 5096 (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁶¹Bu yönde başka örnekler için bkz. Yarg. 17. HD., 30.10.2007, E. 1892/ K. 3318; 4. HD., 25.06.2007, E. 10084/ K. 8592; 11. HD., 28.09.2006, E. 8503/ K. 9459; 4. HD., 14.12.2005, E. 231/ K. 13537 (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁶²Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 492; Oğuzman/ Öz, s. 55; Eren, s. 574; Ayan, s. 253-254; Arslan, İsmail, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(II)", Yargıtay Dergisi, Yıl 1980, Cilt 6, Temmuz 1980, Sayı 3, s. 295-323, s. 317.

olur⁶³. İhmal ise, failin hukuka aykırısonucun meydana gelmemesi için göstermesi gereken özen ve dikkati göstermemesi halinde söz konusu olur. Böyle bir fiili işleyen herkesin göstereceği bir dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda ağır ihmalden (*culpa lata*); herkesin değil, ama normal seviyede dikkatli ve özenli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda ise hafif ihmalden (*culpa levis*) bahsedilir⁶⁴. Ceza hukukundaki manevî unsur, özel hukuktaki kusur unsuruyla benzerlik göstermektedir. Manevî unsur, bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi bu fiilin iradî ya da diğer bir deyişle kusurlu olarak işlenmesi gerekmektedir. Bu unsurun bulunması isnad yeteneğine sahip olmasını gerektirir⁶⁵. Manevî unsur, kast veya taksir şeklinde karşımıza çıkabilir⁶⁶. Kast, genel olarak⁶⁷ failin neticeyi bilerek ve isteyerek fiili işlediği hallerde söz konusu olur⁶⁸ (TCK m. 21/I). Taksirde ise, failin gerekli özeni göstermemesi sonucunda netice meydana gelmektedir⁶⁹ (TCK m. 22/II).

Ceza mahkemesinde verilen mahkûmiyet kararının kusurla ilgili olan kısmı, hukuk mahkemesinin kararı bakımından kesin delil oluşturmayacaktır. Diğer bir deyişle ceza hâkiminin kararı, hukuk hâkimini kusurun takdiri bakımından bağlamayacaktır⁷⁰: “*Aynı şekilde,*

⁶³Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 493; Oğuzman/ Öz, s. 55; Eren, s. 575; Yazar, s. 248; Ayan, s. 253-254.

⁶⁴Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 494; Oğuzman/ Öz, s. 56; Eren, s. 576; Yazar, s. 250; Ayan, s. 254-255.

⁶⁵İsnad yeteneği özel hukuktaki temyiz kudreti (ayırt etme gücü) kavramını tam olarak karşılamamaktadır. İsnad yeteneği, özel hukuktaki temyiz kudretinden daha dar olarak ele alınmaktadır (Bu konuda bkz. Oser/Schönenberger (çev. Seçkin), ZürKom., Art. 53, N. 5; Erçin, s. 47; Eren, s. 828).

⁶⁶Yenerer Çakmut, s. 34; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 313; Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, s. 331; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 344; Bağatur, s. 579; Koca/ Üzülmöz, s. 137.

⁶⁷Ceza hukukunda kast ile ilgili özel alt ayrımlar için bkz. Demirbaş, s. 371 vd.; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 350 vd.; Koca/ Üzülmöz, s. 159 vd.

⁶⁸Yenerer Çakmut, s. 34; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 315; Demirbaş, s. 360; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 346; Koca/ Üzülmöz, s. 159.

⁶⁹Taksir kavramı ve çeşitleri için bkz. Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 343 vd.; Demirbaş, s. 378 vd.

⁷⁰Oser/Schönenberger (çev. Seçkin), ZürKom., Art. 53, N. 11; Kuru, Cilt V, s. 5126; Pekcamtez/ Atalay/ Özekes, s. 503; Tandoğan, s. 350; Fick (çev. Porret), CO Art. 53, N. 3; Werro, CR-CO, Art. 53, N. 3; Deschenaux/ Tercier, s. 212; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 712; Eren, s. 828; Kuru, Usul Hukuku Dersleri, 594; Erçin, s. 55;

ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.” (Bkz. TBK 74/II)

Bunun nedeni ceza hukukunun kusuru değerlendirme anlayışı ile borçlar hukukunun kusuru değerlendirme anlayışı arasında fark bulunmasıdır⁷¹. Şöyle ki bir defa suç kural olarak sadece kast ile

Bağatur, 582; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki III, s. 518; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki III, s. 328; **Müderrişoğlu**, s. 114; **Ayan**, s. 321; **Yenerer Çakmut**, s. 35.

Bu yönde bkz. Yarg. 17. HD., 13.04.2015, E. 18481/ K. 5739: “2-)Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece davaya konu olaya dair ceza davasının yargılaması sırasında alınan bilirkişi kusur raporuna bağlı kalınıp yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de, 818 Sayılı B.K.nun 53. maddesi (6098 Sayılı T.B.K.nun 74. maddesi) uyarınca, hukuk hakimi ceza mahkemesince belirlenen maddi olguya bağlı olup, **ceza mahkemesince belirlenen kusur oranıyla bağlı olmayacağı açıktır.**”(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 3. HD., 16.09.2014, E. 4270/ K. 11857: “Ceza mahkemesinin, kusurun ve zarar miktarının takdiri hususundaki karar, yani, fiilin işlendiği sabit olduğu halde, kusurluluğa ya da kusursuzluğa dair saptaması, hukuk hakimini bağlamaz. **Hukuk hakimi, ceza mahkemesinin kusura dair değerlendirmesiyle ve buna etkili tespit edilen olgularla bağlı kalmaksızın, taraflarca ileri sürülen delilleri toplayıp, tümünü birlikte değerlendirerek bir sonuca varmalıdır.**”(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁷¹**Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 471; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki II, s. 323; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 579; **Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 194; **Umar**, Bilge, “Temyiz Mahkemesi İçtihatlarına Göre Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Tesiri”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt XXXIII, Sayı 4, Nisan 1959, s. 360-389, s. 361; Karş. **Tandoğan**’a göre (s. 352), kusurun varlığı bakımından ceza hâkiminin yaptığı tespit belirleyici olmalıdır. Zira ceza hâkimi daha detaylı bir araştırma sonucunda söz konusu bulgulara ulaşmaktadır. Aynı yönde **Uygur** (s. 2593) ve **Çelik** (s. 10), ceza mahkemesinde kusurlu kabul edilerek mahkûm edilen bir kimsenin hukuk mahkemesinde tamamen kusursuz kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop** (s. 712), benzer şekilde kusur bakımından bağımsızlığın kabul edilmesinin bazı hallerde tereddütle karşılanabileceğine işaret etmektedir. Kusurun varlığı hakkında arka arkaya verilen bir olumlu bir olumsuz karar adalete duyulan inancı ve saygıyı azaltabilecektir. Bu anlamda hukuk hâkimi, ciddi nedenler olmadıkça ceza mahkemesinin kusurun varlığına ilişkin kararını göz ardı etmemelidir.

Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD., 06.03.2008, E. 11065/ K. 2670: “*Davalı C. ... Ltd. Şti. tarafından işletilen iltisak hattının günden geçen ana demiryolu hattına (hattı cari) doğru iniş eğimine sahip olmasının vagon kaçma riskini artırdığı, sabit emniyet hatlarının (hortduvar) yeterli olmaması ve henüz davacı elemanın gözetmenlik yapacağı makasçı kulübesinin devreye girmemesinin doğurduğu özel ağırlıktaki iltisak hattında klingen yüklemesi yapılan vagonların ana demiryolu hattına kontrol dışı kayma*

işlenebilir, taksirle işlenen suçlar ise istisnaîdir ve özel düzenlemeyi gerektirmektedir⁷². Buna karşılık haksız fiillerde kural olarak kast veya ihmâl yeterli olmakta, hatta özel düzenleme olan hallerde⁷³ hiç kusur

ve kaçma ihtimalinin asgariye indirilmesini teminen vagon tekerlerine takoz koyma gibi en basit önlemin alınmamış olması gibi somut hasarı doğuran kazanın meydana gelmesinde yatan özellikler de dikkate alınarak iki rapor arasında oluşan çelişkinin giderilmesi ve kusur konusunda ceza mahkemesince varılan sonucunda dikkate alınması ve taraflar arasındaki inşaa ve işletme sözleşmesi hükümleri ışığında değerlendirme yapılarak kusur yönünün doğru tespit ve tayini gerekli görüldüğünden davacı vekilinin temyiz itirazlarının bu bakımdan kabulü gerekmiştir.” (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 4. HD., 31.01.2008, E. 4466/ K. 823: “(...)Davalı sürücü olay nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve tam kusurlu olduğu tespit edilerek cezalandırılmıştır. Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca; hukuk hakimi; ceza mahkemesinin belli olguyu saptayan mahkumiyet kararı ile bağlıdır. İncelenen dosyada, olaya özgü olarak ceza mahkemesinin vardığı sonuç maddi olayın açıklığı kavuşturulması ile ilgili bulunduğu hukuk hakimini bağlayacaktır. **Ceza mahkemesinde belirlenen olgu hukuk mahkemesinde delillerle değiştirilmediğine göre, davalının tam kusurlu olduğu benimsenerek sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, kusurun daha aza indirilerek maddi tazminatın indirim yapılması doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.**”(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 4. HD., 08.06.2006, E. 8826/ K. 6949: “BK'nun 53. maddesine göre, ceza mahkemesinin kusur oranı ile bağlı değilse de, ceza mahkemesinde belirlenen olgular hukuk hâkimini bağlar. Ceza yargılaması sırasında davalının ters yola girdiği, bu nedenle % 100 kusurlu olduğu kabul edilmiş ve hüküm onanarak kesinleşmiştir. Eldeki davada bu maddi olgu değiştirilerek yolda alt yapı çalışması bulunduğu, gidış gelişin tek şerit üzerinden yapılması nedeniyle davalının zorunlu olarak ters şeride girdiği, bu nedenle kusur oranının % 60 olduğu belirlenerek hüküm altına alınmıştır. Tanık olarak dinlenen trafik kazası tespit tutanağını düzenleyen trafik polisi bu maddi olguyu doğrulamamıştır. **Şu durumda kesinleşen maddi olguyu değiştirmek suretiyle davalının % 60 oranında kusur ile sorumlu tutulması doğru görülmemiştir. Açıklanan nedenle mahkemece davalının% 100 kusurlu olduğu kabul edilerek gerçekleşen tedavi giderinin tamamından sorumlu tutulması, ayrıca manevî tazminatın da gerçekleşen bu olguya göre yeniden takdiri gerekir. Karar bu nedenle bozulmalıdır.**”(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

[Burada anılan son iki kararda kusur kavramının Yargıtay tarafından maddi olaylar içinde değerlendirildiği gözlemlenmektedir. Böyle bir değerlendirmenin, kavramların birbirine karışmasına neden olabileceğinden, isabetli olmadığı kanaatinde olduğumuz çekincesi de özellikle belirtilmelidir].

⁷²Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 471; Eren, s. 828; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki II, s. 320.

⁷³Bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 497 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 135 vd.; Eren, s. 614.

aranmamaktadır⁷⁴. Yine aynı şekilde özel hukukun kusur kavramının özünde yer alan temyiz kudreti kavramına olan ceza hukuku yaklaşımı farklılık arz etmektedir. Ceza hukukunda isnad yeteneği belirli yaş gruplarına göre tespit edilmiştir(TCK m. 31)⁷⁵. Özel hukukta ise temyiz kudreti nispi özellik taşımasının yanında ceza hukuku bakımından belirlenmiş yaş gruplarının etkisi altında değildir⁷⁶. Diğer taraftan ceza hukukunda hâkim, delillerin takdir edilmesi noktasında da hukuk hâkimine göre daha sıkı şekilde davranmaktadır⁷⁷. Hukuk hâkimi ise aynı durumda daha basit bir değerlendirme üzerinden kararını kurabilecektir⁷⁸. Bunun nedeni, ceza hukukunda kişilerin özgürlükleri ile ilgili olarak hüküm verilmesidir⁷⁹.

Fakat yine de hukuk hâkimi ceza hâkiminininkinden farklı bir sonuca ulaşıyorsa, bunun gerekçesini açıklamakla yükümlüdür.

Yargıtay uygulamasında ise bağımsızlık prensibinin genel olarak kabul edildiği gözlemlenmektedir:

“BK'nın 53. maddesi hükmünce hâkim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin failinin temyiz kudretine haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ile bağlı olmadığı gibi (...)”⁸⁰.

“Davalı (...) vekilinin temyizi üzerine Dairemizce, davacı (...)’in bağımsız çalışan biri olduğu, dolayısıyla her türlü önlemi almanın onun görevi dahilinde bulunduğu; iş sahibinin ise ancak kasd veya ağır kusurdan sorumlu tutulabileceği ve kaza ile davalının ilintisinin bulunmadığı, BK'nın 53.maddesince hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin kusur saptayan hükmü ile bağlı değilse de oluşa ilişkin hükmü ile bağlı olduğu, dolayısıyla ceza

⁷⁴Erçin, s. 18-19; Bağatur, s. 579; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 163.

⁷⁵Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, s. 340; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki II, s. 305.

⁷⁶Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 472; Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 195; Eren, s. 828; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki II, s. 307.

⁷⁷Müderrişoğlu, Feridun, “Ceza Mahkemesi Kesin Hükmü ile Tespit Edilen Kusur Derecesi Hukuk Hâkimini Bağlar Mı?”, Adalet Dergisi, Yıl 64, Şubat-Mart 1973, Sayı 2-3, s. 108-124, s. 110/117.

⁷⁸Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 470; Eren, s. 828; Engel, s. 574.

⁷⁹Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 475; Müderrişoğlu, s. 109.

⁸⁰Yarg. 15. HD., 24.11.2008, E. 4771/ K. 7000 (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

mahkemesinin kararının beklenmesi; mahkûmiyet kararı verilirse hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesiyle yetinilmesi gereğine işaretlerle yerel mahkeme kararı bozulmuştur.⁸¹.

d. Zarar Unsuru Bakımından

Zarar, maddî ya da manevî zarar olarak karşımıza çıkabilir. Zarar olmadığı bir ihtimalde tazminat yaptırımından söz edilemez⁸². Maddî zarar, bir kimsenin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalma anlaşılır. Bu kapsamda malvarlığında meydana gelen fiili azalma (*damnum emergens*) ve elde edilmesinden yoksun kalınan kar (*lucrum cessans*) dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır⁸³. Manevî zarar ise, malvarlığında meydana gelen bir azalmayı değil, kişinin duyduğu elem ve üzüntüyü ifade eder⁸⁴.

Ceza mahkemesinde verilen mahkûmiyet kararı, zararın miktarının tayini noktasında hiçbir şekilde kesin delil etkisi yaratmaz⁸⁵. Bizatihi ceza hâkimi suçla ilgili tespitini yaparken zarar unsurunu hiçbir şekilde nazara almamaktadır: “*Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*”

Yargıtay’ın bu konudaki kararları genel olarak incelendiğinde, belirttiğimiz hususları teyit edici karakterde oldukları gözlemlenmektedir:

“Borçlar Kanununun 53. maddesine göre hâkim kusur olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun mes’uliyete dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile de bağlı değildir. Bundan başka ceza mahkemesi

⁸¹Yarg. 15. HD., 28.02.2007, E. 6860/ K. 1270 (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁸²Bununla birlikte ayrık durumlar söz konusu olabilir. Örnekler için bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 111.

⁸³**Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 545.; **Oğuzman/ Öz**, s. 42; **Eren**, s. 526; **Ayan**, s. 257.

⁸⁴**Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 655; **Oğuzman/ Öz**, s. 40, 264; **Eren**, s. 531; **Ayan**, s. 260.

⁸⁵**Oser/Schönenberger** (çev. Seçkin), ZÜR-Kom., Art. 53, N. 10; **Kuru**, Cilt V, s. 5129; **Kocayusufoğlu**, s. 577; **Werro**, CR-CO, Art. 53, N. 3; **Deschenaux/ Tercier**, s. 212; **Çelik**, s. 10; **Oğuzman/ Öz**, s. 83; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 713; **Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 594; **Erçin**, 50; **Umar**, Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkisi, s. 361/367; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki IV, s. 331; **Ayan**, s. 322-323; **Yenerer Çakmut**, s. 35.

kararı, kusurun takdiri ve zarar miktarının tayini hususunda dahi hukuk hâkimini bağlamaz.⁸⁶.

“BK.’nun 53. maddesine göre, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı maddî olayın sübut bulması yönünden hukuk mahkemesini bağlar ise de, kusurun takdiri ve zarar miktarının tayini bakımından bağlamaz. BK.’nun 53. Maddesini bu şekilde yorumlamak icap eder”⁸⁷.

e. İlliyet (Nedensellik) Bağı Unsuru Bakımından

İlliyet bağı unsuru ile fiil ve zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisi kastedilmektedir. Bir diğer deyişle, bu unsurun varlığının tespitinde, söz konusu sonucun, yani zararın, hukuka aykırı fiilin neticesinde mi meydana geldiğine bakılmaktadır⁸⁸. Ancak salt mantikî illiyet bağı, sorumluluk için yeterli görülmemektedir, uygun illiyet bağının bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Uygun illiyet bağının varlığının tespiti için, işlerin olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre, hukuka aykırı fiilin zarara yol açmaya müsait olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir⁸⁹. Ceza hukukundaki illiyet bağı ise, fiil ile gerçekleşen netice arasında aranır⁹⁰. Bu neticenin fiilen bir zarara yol açıp açmadığı ise, özel hukuktakinden farklı olarak doğrudan bir önem taşımaz.

TBK m. 74, illiyet bağı bakımından bir açıklık ihtiva etmemektedir. Ancak rahatlıkla şu sonuca varılması mümkündür: Ceza mahkemesinin verilen mahkûmiyet kararı, hukuka aykırı fiil ile sonuç, yani zarar arasındaki illiyet bağı bakımından kesin delil teşkil etmeyecektir^{91, 92}. Bunun nedeni ceza mahkemesinin vermiş olduğu karardan zarara ilişkin bir çıkarsama yapılamamasıdır.

⁸⁶Yarg. HGK., 25.11.1983, E. 4-261/ K. 1220 (Uygur, s. 2595).

⁸⁷Yarg. 11. HD., 28.12.1992, E. 5573/ K. 10288 (Uygur, s. 2607).

⁸⁸Kocayusufpaşaoğlu, s. 574.

⁸⁹Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 566; Oğuzman/ Öz, s. 44; Eren, s. 536.

⁹⁰Ceza hukukunda nedensellik bağı kavramıyla ilgili olarak bkz. Demirbaş, s. 240 vd.

⁹¹Oser/Schönenberger (çev. Seçkin), ZürKom., Art. 53, N. 10; Erçin, s. 58; Kuru, Cilt V, s. 5129; Kuru, Usul Hukuku Dersleri, s. 595.

⁹²Aksi görüşte Uygur, s. 2593 ve Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 716; Umar, Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkisi, s. 361; Ayan, s. 322. Yazarlar, ceza mahkemesinde konuya ilişkin daha sıkı şartlarla bir araştırma yapıyor olduğundan bu sonuca varılmasının kaçınılmaz olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüşe, bağlı metinde de belirttiğimiz, ceza mahkemesinin zarara ilişkin bir çıkarsama yapmaması gerekçesiyle katılmıyoruz.

Bu konudaki Yargıtay uygulamasında, yukarıda belirttiğimiz hususların aksi yönünde kararların bulunduğu gözlemlenmektedir. Yargıtay'ın bu konudaki değerlendirmesine katılamıyoruz:

“Davalıların dava konusu olay nedeniyle Bilecik Ağır Ceza Mahkemesinde yargılandıkları ve görevi ihmal suçundan mahkum oldukları ancak bu kararın temyiz aşamasında olup henüz kesinleşmediği dosyada mevcut belgelerden anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 53. maddesi gereğince ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararındaki fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağıını belirleyen maddi olaylar konusundaki kabulün hukuk hakimini de bağlayıcı hem bilimsel düşünceler ve hem de yargı kararları ile benimsenmiş bulunmaktadır. Şu durumda temyiz aşamasında bulunduğu anlaşılan ceza davasının sonucunun kesinleşmesi beklenmelidir.”⁹³

“Her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi metninde ceza mahkemesince verilen kararların Hukuk Hakimini bağlamayacağına dair açık bir hüküm yoksa da bu maddenin genel yorumundan ve özellikle son cümlelerin karşı anlamından ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararlarındaki fiilin hukuka aykırılığının ve illiyet bağıını saptayan maddi vakia konusundaki kabulün Hukuk Hakimini de bağlayacağı hem bilimsel hem de kökleşmiş kazai içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır”⁹⁴.

ii. Ceza Mahkemesinde Verilen Beraat Kararının Etkisi aa. Fiil Unsuru Bakımından

TBK m. 74'te sanki hukuk hâkiminin beraat kararının her tarafı ile bir bağlılık içinde olmadığına işaret edecek bir ifade kullanılmıştır⁹⁵: *“Hakim, (...) ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.”* (Bkz. TBK m. 74/I)

⁹³Yarg. 4. HD., 15.12.2005, E. 16972/ K. 13599 (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁹⁴Yarg. 4. HD., 14.12.2005, E. 231/ K. 13537 (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

⁹⁵Burada belirtilmek istenen, ceza mahkemesi tarafından verilen kararın yeniden gözden geçirilmesi olmayıp sadece hukuk hâkimine TBK m. 49 vd. uyarınca bir değerlendirme yapabileme imkanı sağlamaktır (Rossel, s. 106).

Ne var ki bu ifade dar yorumlanmalıdır⁹⁶. Buna göre beraat kararının karara konu olan fiilin kesin olarak işlenmediğine ilişkin bölümü, hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmelidir⁹⁷. Zira ceza mahkemesi bu tespitini yaparken daha geniş bir soruşturma ve inceleme yetkisine sahip bulunmaktadır⁹⁸. Dolayısıyla denilebilir ki fiilin işlenmediği veya sanık tarafından işlenmediğini hüküm altına alan beraat

⁹⁶Tunçomağ, s. 520; Üstündağ, s. 725.

⁹⁷Tunçomağ, s. 520; Uygur, s. 2593; Çelik, s. 7; Oğuzman/ Öz, s. 82; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 715; Üstündağ, s. 726; Kuru, Usul Hukuku Dersleri, s. 596; Erçin, s. 59; Selçuk, s. 719; Yenerer Çakmut, s. 34.

⁹⁸Kuru, Cilt V, s. 5134.

Bkz. bu yönde Yarg. 4. HD., 20.05.2015, E. 5677/ K. 6479: “T.B.K.nun 74 (818 Sayılı B.K.nun 53) maddesi gereğince hukuk hakimi ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı değilse de; **ceza mahkemesince belirlenecek maddi vakıalar hukuk hakimi yönünden de bağlayıcıdır.**”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 1. HD., 25.03.2015, E. 4916/ K. 4189: “Bu ilkeler çerçevesinde ara malik davalı R.’nin durumu irdelendiğinde, özellikle R., satış bedelini ödediğini bildirmiş ve gerçekten de taşınmazın satın alma tarihlerine tekabül eden tarihte de davalı R.’nin 25.000,00 TL konut kredisi kullandığı banka kayıtlarıyla sabittir. Diğer taraftan, davalı R. hakkında “suç eşyasını satın almak” suçundan dolayı Ceza Mahkemesince “sanığın kastunun bulunmaması” gerekçesiyle beraatine karar verilmiştir. Her ne kadar, 6098 Sayılı T.B.K.nun 74 (818 Sayılı B.K.nun 53) maddesi hükmüne göre **ceza mahkemesince verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de, beraatin gerekçesini teşkil eden maddi olgular yönünden hukuk hakiminin bağlı olacağı tartışmasızdır.**”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 4. HD., 15.12.2005, E. 11601/ K. 13673: “(...)Borçlar Yasası'nın 53. maddesindeki düzenleme itibarıyla ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de, **daha geniş yetki ile hareket eden ve re'sen araştırma yetkisi bulunan ceza mahkemesince belirlenecek olgular hukuk hakimini de bağlar.**”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. HGK., 14.12.2005, E. 4-733/ K. 727: “Bilindiği üzere, hukuk usulü bir şekil hukukudur. Davanın açılması, itirazların ileri sürülmesi, tanıkların ve diğer delillerin bildirilmesi belirli süre koşullarına bağlı kılındığı gibi, yargılamanın süratle sonuçlandırılması gayesi ile belirli kısıtlamalar getirilmiştir. Bunun sonucunda, Hukuk Hakimi şekli gerçeği arayacak, maddi gerçek öncelikli hedefi olmayacaktır. Ancak Ceza Hakimi bunun tersine öncelikli hedef olarak maddi gerçeğe ulaşmaya çalışacaktır. O halde bir Ceza Mahkemesinin **uyuşmazlık konusu olayın tespitine; diğer bir söyleyişle maddi olgulara ilişkin kesinleşmiş saptamasının, aynı konudaki Hukuk Mahkemesinde de kesin delil oluşturacağı açıktır.**”(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

kararı hukuk hâkimini bağlamalıdır⁹⁹. Aksi takdirde hukuk güvenliği sarsılacaktır¹⁰⁰.

Yine bunun gibi bir olayın varlığını tespit eden kararlar da hukuk mahkemesi bakımından bir kesin delil teşkil etmektedir¹⁰¹.

Bunlarla birlikte, eğer beraat kararı delil yetersizliğine dayalı olarak verildiyse, bu kararda fiilin işlendiği veya olayın varlığı delillerle kesin olarak tespit edilemediği için bu kararın hukuk mahkemesi bakımından bir kesin delil oluşturduğu kabul edilemez¹⁰², ¹⁰³. Zira yukarıda başka bir

⁹⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 476; Kuru, Cilt V, s. 5134.

¹⁰⁰ Doğanay, s. 29.

¹⁰¹ Kuru, Cilt V, s. 5137; Bağatur, s. 581.

Yarg. 14. HD., 15.05.2008, E. 5387/ K. 6321: “*Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi hükmünce hukuk hâkimi, Ceza Mahkemesinin verdiği beraat kararı ile bağlı değil ise de, ceza hâkiminin yaptığı maddî saptama hukuk hâkimini bağlar. Kısaca ifade etmek gerekirse, dava konusu taşınmazların mer'a olduğu, Ceza Mahkemesi kararı ile sabittir.*”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. HGK., 12.12.2007, E. 13-975/ K. 966: “*Davalı (...) nin yetkili temsilcisi olan (...) aleyhine Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 2002/442 hazırlık, 2003/67 esas, 2003/50 karar sayılı iddianameleri ile çıkar amaçlı suç örgütü üyesi olmak, rüşvet vermek, nitelikli dolandırıcılık, sağlığa dair malzeme temininden kaçmak ve ihaleye fesat karıştırmak suçlarından Devlet Güvenlik Mahkemesinde dava açılmıştır. BK 53. maddesine göre her ne kadar ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hakimi bağlamaz ise de tesbit edilen maddî olgular hukuk hakimini bağlar.*”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. HGK., 17.10.2007, E. 13-721/ K. 744: “*Hâkim, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla bağlı değilse de sabit olan maddî olgularla bağlıdır.*”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 4. HD., 18.04.2006, E. 2682/ K. 4542: “*Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, ceza mahkemesinde verilen beraat kararları bağlayıcı değil ise de maddî olguların saptanmasına ilişkin ceza mahkemesi kararları hukuk hâkimi yönünden bağlayıcıdır.*”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

¹⁰² Kuru, Cilt V, s. 5142; Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 198; Uygur, s. 2593; Çelik, s. 8; Oğuzman/ Öz, s. 82; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 715; Kuru, Usul Hukuku Dersleri, s. 596; Erçin, s. 61; Bağatur, s. 581; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki IV, s. 334; Selçuk, s. 719; Doğanay, s. 23.

Aksi yönde bkz. Yarg. HGK., 04.06.2008, E. 4-421/ K. 422: “*Hastanın sarf ettiği sözlere dayanılarak davalı doktor tarafından davacı doktor aleyhine sulh ceza mahkemesinde hakaret iddiasıyla şahsi dava açılmıştır. Yapılan yargılama sonunda davacı, delil yetersizliğinden beraat etmiştir. (...) O halde, bazı delil ve emarelere dayanılarak gerçekleşen bir şikayet ya da açılan ceza davası sonunda verilen beraat kararı, soyut olarak o şikayet veya davanın hukuka aykırı olduğunun delili sayılamaz. Haksız şikayet ya da haksız ceza davası açıldığı hukuksal sebebine dayanan manevi tazminat davalarında, şikayet ya da dava hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, bir başka*

vesileyle de belirtildiği üzere hukuk mahkemesinin delilleri takdir etme hususunda daha basit bir yöntem izlemesi söz konusudur¹⁰⁴. Bu şekilde ceza mahkemesinin suç için yeterli görmediği bir delili hukuk mahkemesi haksız fiil sorumluluğu için yeterli görmesi olası olabilecektir¹⁰⁵.

bb. Hukuka Aykırılık Unsuru Bakımından

Burada da yukarıda beraat kararında fiil unsuru bakımından yaptığımız değerlendirmeye paralel olarak, bir fiilin hukuka aykırı bulunmadığını tespit eden beraat kararı da hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil edeceği belirtilmelidir¹⁰⁶. Diğer taraftan suç haksız fiile oranla daha dar bir kavram teşkil eder. Bu anlamda suç teşkil etmeyen bir fiil yine de hukuka aykırılık taşıyabilir¹⁰⁷.

ifade ile şikayetin veya davanın hukuka aykırı olup olmadığı sorunu ancak, şikayetçinin veya davacının şikayetine dayanak yaptığı kanıtların hukuk hakimi tarafından değerlendirilmesi ile çözümlenmelidir. Ceza hakiminin delilleri takdir konusundaki kanaati, hukuk davasına etkili değildir.”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

¹⁰³ Bu tarz bir durumda, gerçekleştiği ileri sürülen haksız fiil için hukuk mahkemesi önünde dava açıldığında, delil yetersizliğine bağlı olarak verilen beraat kararıyla bağlı olmadığı için, hukuk hakiminin kendi başına tekrar bir değerlendirmede bulunabilmesi mümkündür. İşte eğer hukuk hakimi, somut olayda bir suçun işlendiği kanaatine varabiliyorsa, onun tazminat talebi bakımından da TBK m. 72 f.1 c.son’daki ceza davası zamanaşımı süresini dikkate alabileceği ileri sürülebilir. Bkz. bu yönde Yarg. HGK., 18.11.1981, E.4-231/ K. 744: “ (...) Bununla beraber hukuk hakimi, ceza tertibine ilişkin olarak ceza hakimince verilen ve suçun işlendiğine ya da işlenmediğini kesinlikle tespit eden bir hüküm varsa, bununla bağlıdır (BK.m.53). Ancak, ceza hakimi eylemin suç olup olmadığı üzerinde durmaksızın delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermiş olursa hukuk hakimi bununla bağlı olmayarak haksız eylemin suç niteliğini taşıyıp taşımadığını araştırır. Bunun gibi ortada böyle bir hükmün bulunmaması halinde de hukuk hakimi, cezai sorumluluğu gerektiren bir eylemin işlenmiş olup olmadığını serbestçe inceleyip takdir eder ve olaya uygulanacak zamanaşımını belirler.” (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Aksi fikir için bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 78: Yazarlar, delil yetersizliğinden ötürü beraat kararı verildiğinde artık ceza davası zamanaşımı süresinin hukuk davasında hiçbir suretle uygulanamayacağı ve artık TBK m. 72 f.1’deki olağan zamanaşımı sürelerinin tatbik edileceği kanaatindedirler.

¹⁰⁴Bkz. yukarıda III, 1, a, i, cc.

¹⁰⁵**Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 476.

¹⁰⁶**Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 596; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki IV, s. 337.

¹⁰⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 578; **Von Tuhr** (çev. Edege), s. 386; **Çelik**, s. 9; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 714; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki I, s. 173.

Konuyu mülga ceza kanunumuzda düzenlenen “*intihara teşvik*” suçu üzerinden bulabildiğimiz bir örnekle daha da somutlaştırmak mümkündür¹⁰⁸: (A) canına kıymaya karar verip kendi üzerine benzin döker ve oradan tesadüfen geçen (B) den kendini ateşleyebilmesi için kibrit ister. (B) daha önce herhangi bir şekilde tanımadığı ve intihara teşvik etmediği (A)’ya istediği kibriti uzatır. (A) da bu kibritle kendini yakarak ölür. Böyle bir durumda (B)’nin cezai yönden sorumlu olduğundan bahsedilemez. Ya da en azından ETCK m. 454 yönünden (B)’nin beraat edeceği rahatlıkla söylenebilir. Zira Mülga ETCK m. 454’te¹⁰⁹, maddî unsur olarak failin intihar edecek kişiyi hayattan vazgeçirmesi için hem teşvik ve ikna etmesi hem de ona intiharını kolaylaştıracak araçların sağlanması şart kılınmaktadır¹¹⁰. Ölüm, (B)’nin kibrit vermesi sonucu meydana gelmiş olsa da (B) daha önce (A)’yı ölüme teşvik etmediği için bu hareketi suç oluşturmamıştır. Ne var ki (B) ceza davasından beraatle kurtulsa bile ceza hâkiminin kararı hukuk hâkimini bağlamamalı, intihara adım atan kişiye kibrit vermek başlı başına bir haksız fiil sayılarak (A)’nın mirasçılara karşı (B) destekten yoksun kalma veya manevî tazminat ile sorumlu tutulabilmelidir. Bu durum, az rastlanabilecek bir olasılık olsa da yine nazara alınmalıdır¹¹¹.

cc. Kusur Unsuru Bakımından

Ceza mahkemesinde verilen mahkûmiyet kararı bakımından olduğu gibi¹¹² beraat kararının da kusurla ilgili olan kısmı, hukuk mahkemesinin kararı bakımından kesin delil oluşturmayacaktır¹¹³. Çünkü her iki davada

¹⁰⁸ Bkz. **Selçuk**, s. 720-721.

¹⁰⁹ ETCK m. 454: “*Birini intihare ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vuku bulunduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.*”

¹¹⁰ Mevcut Ceza Kanunu’nda düzenlenen *intihara yönlendirme* suçu bakımından bu örneğin verilebilmesi söz konusu olamayacaktır. Zira madde metninde değişiklik yapılmıştır. Bkz. TCK m. 84/I: “*(Değişik Madde Başlığı: 29/06/2005-5377/10 md.) 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.*”

¹¹¹ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 477; **Kuru**, Cilt V, s. 5141.

¹¹² Bkz. yukarıda III, 1, b, i, cc.

¹¹³ **Kuru**, Cilt V, s. 5130; **Tandoğan**, s. 350; **Pekanttez/ Atalay/ Özkes**, s. 504; **Deschenaux/ Tercier**, s. 212; **Yazar**, s. 255; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki IV, s. 333; **Yenerer Çakmut**, s. 35.

Bkz. bu yönde Yarg., 01.06.2015, E. 389/ K. 7987: “*Yargılama sırasında mahkemeye tarafların kusur oranları yönünden bilirkişi raporu alınmamış, olay sebebiyle sanık*

- hakkında görülen ve beraat hükmüyle sonuçlanan Kadırlı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 7.9.2012 gün, 2012/233-486 E/K. Sayılı dava dosyasındaki sanığın olayda kusurunun bulunmadığı yönündeki 31.5.2012 tarihli Adli Tıp Kurumu raporu hükme esas alınmış ise de; ceza davasına dair dosya derecattan geçmeden kesinleştiği gibi, ceza davasının eldeki dava yönünden maddi olguyu tespit eden bir karar niteliğinde değerlendirilemeyeceği ve 818 Sayılı B.K.nun 53. maddesi (6098 Sayılı T.B.K.nun 74. maddesi) gereğince hukuk hakimini bağlamayacağı açıktır.”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]*
- Yarg. 11. HD., 09.02.2015, E. 618/ K. 1526: “818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde (T.B.K.madde 74) Hakim, zarar veren kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı olmayacağı, **ceza hakiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine dair kararının da, hukuk hakimini bağlamayacağı belirtilmiştir.** Bu yasal düzenleme uyarınca kural olarak hukuk hakimi ceza yasasındaki hükümlerle ve ceza hakiminin kararıyla bağlı tutulmamıştır.”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 4 HD., 04.12.2008, E. 15039/ K. 15194: “2- (...) Mahkemeye, önce ceza davasının kesinleşmesi beklenmiş ise de daha sonra beklenmesinden vazgeçilerek beraat kararı gerekçesinde belirtilen hususların bozma doğrultusunda gerçekleştiği, bu haliyle beraat kararının hukuk hâkimini bağlayacağı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir.
- a-) Adli Tıp Kurumu tarafından verilen kusur raporuna göre davalılardan (...)’nin tedavide bir katkısı bulunmadığı anlaşıldığından onun hakkındaki davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmüştür.
- b-) Adli Tıp Kurumu tarafından verilen kusur raporunda diğer davalılar (...)’in kusurlu oldukları belirlenmiş ancak kusur oranları yönünden açıklama yapılmıştır. **Bu duruma rağmen mahkemenin gerekçesinde ceza mahkemesinde verilen berat kararının hukuk hâkimini bağlayacağına yönelik kararı B.K.'nun 53. madde hükmüne göre yerinde bir gerekçe değildir.** Adli Tıp Kurumu tarafından verilen raporda kusur oranlarının bildirilemeyeceği açıklanmıştır. Bu durum davalılar lehine indirim nedeni kabul edilerek mahkemeye uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekmekte iken davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiş kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir.”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 9. HD., 06.11.2006, E. 9506/ K. 29290: “**Borçlar Kanununun 53. maddesine göre Ceza Mahkemesinin beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz.** Bu nedenle taraflardan delilleri sorulmalı, iki bankacı ve bir hukukçudan oluşan üç kişilik bir bilirkişi heyetinden davacının işlemünde kusurlu olup olmadığına ilişkin rapor alınarak sonucuna göre feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.Eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 15. HD., 06.03.2006, E. 956/ K. 1243: “**BK.nun 53. maddesi hükmüne göre hukuk hakimi kusur olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair hükümleri ile bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile de bağlı değildir.** Ceza ve Hukuk Mahkemeleri kararları arasındaki ilişkiyi düzenleyen bu hüküm hukuk hakimini ceza mahkemesinin kesinleşen kararı karşısında maddi hukuk

değerlendirme konusu olacak kusur kavramları değişiklik göstermektedir¹¹⁴.

dd. Zarar Unsuru Bakımından

Ceza mahkemesinde verilen beraat kararı, mahkûmiyet kararı bakımından olduğu gibi¹¹⁵ zararın tayininde kesin delil teşkil etmeyecektir¹¹⁶. Zira ceza hâkimi suçun tespitinde zarar unsurunu değerlendirmeye almamaktadır¹¹⁷.

ee. İlliyet (Nedensellik) Bağı Unsuru Bakımından

Ceza mahkemesinde verilen beraat kararı, mahkûmiyet kararı bakımından olduğu gibi¹¹⁸ illiyet bağının tayininde kesin delil teşkil etmeyecektir¹¹⁹. Zira haksız fiilde zarar unsuru nazara alınmadan illiyet bağının kurulabilmesi mümkün olmayacaktır¹²⁰.

2. Özel Olarak

a. Boşanma Davaları Bakımından

Ceza mahkemesinde aynı zamanda bir boşanma sebebi olan suçtan dolayı verilmiş mahkûmiyet kararı, kararda tespit edilmiş olan olay bakımından kesin delil niteliği taşımaktadır¹²¹. Aynı şekilde bir fiilin işlenmediğini kesin olarak tespit eden beraat kararı da kesin delil niteliği taşıyacaktır¹²².

bakımından kural olarak bağımsız kılmaktadır. Kanun koyucu cezayı gerektiren hükümlerle tazminatı gerektiren hükümleri sevkederken daima farklı görüşlerle hareket ettiğinden medeni hukuk ve ceza hukukundaki sorumluluk şekilleri birbirinden farklı olacaktır. Tazminata karar verecek hukuk hakimi ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ile bağlı değildir.” (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

¹¹⁴ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 477.

¹¹⁵ Bkz. yukarıda III, 1, b, i, dd.

¹¹⁶ **Kuru**, Cilt V, s. 5132; **Deschenaux/ Tercier**, s. 212; **Yazar**, s. 255; **Yenerer Çakmut**, s. 35.

¹¹⁷ **Oser/Schönenberger** (çev. Seçkin), ZürKom., Art. 53, N. 15.

¹¹⁸ Bkz. yukarıda III, 1, b, i, ee.

¹¹⁹ **Oser/Schönenberger** (çev. Seçkin), ZürKom., Art. 53, N. 15; **Kuru**, Cilt V, s. 5132; **Üstündağ**, s. 728; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki IV, s. 336; **Selçuk**, s. 722; **Karş. Umar** (Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkisi, s. 361), illiyet bağına ilişkin ceza mahkemesinde yapılan tespitin sadece mahkûmiyet kararı söz konusu olduğunda hukuk hâkimi bakımından bağlayıcı olduğunu, beraat kararı söz konusu olduğunda ise bir bağlayıcılığının olmadığını ifade etmiştir.

¹²⁰ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 476.

¹²¹ **Kuru**, Cilt V, s. 5148; **Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 595; **Arslan**, Tazminat Taleplerine Etki IV, s. 342.

¹²² **Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 595.

Bu konudaki Yargıtay uygulamasından aşağıdaki örnekler verilebilecektir:

“Borçlar Kanunu’nun 53. maddesi uyarınca Hukuk Hâkimi, Ceza Mahkemesinin mahkûmiyet hükmü ile bağlıdır. Başka bir ifade ile Hukuk Hâkimi Ceza Mahkemesinin kabul ettiği maddî olayın varlığını artık tartışamaz. Çanakkale Sulh Mahkemesinin 1985/202 sayılı dosyasından verilen ve kesinleşen mahkûmiyet kararı ile davalı kadının kocasına karşı ağır hakaretlerde bulunduğu gerçekleşmiştir. Bu durumda boşanmaya karar verilmesi gerekirken yazılı düşüncelerle davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”¹²³

“İbraz edilen ilam örneğinden anlaşıldığı gibi davalı adam öldürme suçundan dolayı ondokuz sene ağır hapis cezasına mahkûm edilmiş ve ceza kesinleşmiştir. Adam öldürmek suçu, ahlaki redaat mahsulü bulunduğundan yüz kızartıcı (terzil edici) cürüm niteliğindedir. –Mahkûmiyet ilamı başlı başına boşanmaya yeter. Ayrıca delil aramaya lüzum yoktur.”¹²⁴

b. Yargılamanın İadesi Talepleri Bakımından

HMK m. 375/II uyarınca yalan tanıklık, bilirkişilik ve yeminden dolayı yargılamanın iadesi istenebilmesi için bu sebeplerin kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile belirlenmiş olması gerekmektedir¹²⁵. Bu haller bakımından ceza mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararları, ispat edilmek istenen yargılamanın iadesi sebebi bakımından kesin delil teşkil etmektedir¹²⁶.

c. Ceza Mahkemesindeki Bilirkişi Raporunun Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi Bakımından

Ceza mahkemesinin kararının hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil ettiği durumlar bakımından, ceza mahkemesinde alınmış bir bilirkişi raporu hukuk hâkimini bağlayacaktır. Örnek olarak bir mahkûmiyet kararında, kararın fiilin hukuka aykırı olduğuna dair bölüm hukuk

¹²³Yarg. HGK., 17.02.1988, E. 868/ K. 100 (Kuru, Cilt V, s. 5149).

¹²⁴Yarg. 2. HD., 16.02.1972, E. 4139/ K. 3907 (Kuru, Cilt V, s. 5150)

¹²⁵Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 575.

¹²⁶Kuru, Cilt V, s. 5151.

mahkemesinde kesin delil etkisini haiz olacağından bu bölümle ilgili olarak alınan bir bilirkişi raporu da kesin delil özelliğini taşıyacaktır¹²⁷.

Diğer taraftan ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmediği durumlarda ise ceza mahkemesinde alınan bir bilirkişi raporunun hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle hukuk mahkemesi açısından söz konusu bilirkişi raporu takdiri bir delil niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla hukuk mahkemesi hâkimi, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği gibi, ceza mahkemesinden alınmış bulunan bilirkişi raporuyla da yetinebilecektir¹²⁸. Örnek olarak ceza mahkemesince verilen kararın kusurun tespitine ilişkin kısmı ile ilgili olarak alınmış bir bilirkişi raporu hukuk mahkemesinde kesin delil özelliğini haiz olmayacaktır¹²⁹.

¹²⁷ **Kuru**, Cilt V, s. 5154.

¹²⁸ **Kuru**, Cilt V, s. 5154-5155; **Bağatur**, s. 580; **Doğanay**, s. 31.

¹²⁹ **Çelik**, s. 4; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 712.

Yarg. 11. HD., 29.03.2007, E. 13774/ K. 4937: “2- Öte yandan, kaza ile ilgili olarak açılan ceza davasında bilirkişi raporu ile davacının yolcusu olduğu araçla çarpışan 34 ... plaka sayılı otobüsün sürücüsü olan davalı Mustafa Taşal'ın %100 kusurlu olduğu saptandığı halde ceza davasının esastan sonuçlandırılmadan 4616 sayılı Yasa uyarınca ertelenmiş bulunması karşısında, **BK.nun 53/2. maddesi hükmü de gözetilmek suretiyle kusur yönünden bilirkişi raporu alınması ve hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken noksan incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş ve kararın açıklanan nedenle dahi davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.**” (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. HGK., 31.01.2007, E. 15-39/ K. 34: “Mahkemece, açıklanan hususlar gözetilmeden usulünce inceleme yapıp, rapor alınmaksızın, **salt ceza mahkemesi dosyasında alınan rapor ve saptanan kusur oranı ile yine hukuk yargılaması sırasında alınan ancak eser sözleşmesi ilkeleri nazara alınmadan kusur saptaması yapan bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulması ve yine bu raporlara dayanılarak önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.** Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır..” (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 17. HD., 16.10.2006, E. 4396/ K. 7881: “ (...)1- Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi gereğince hukuk hakimi, ceza mahkemesinde kesinleşmiş maddi olgu ile bağlıdır. Somut olayda ceza mahkemesi tarafından olay yerinde keşif yapılmış, keşif sonrası düzenlenen rapora itiraz üzerine Adli Tıp Kurumu'ndan ikinci rapor alınmış ve anılan rapora göre mahkumiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Hukuk Mahkemesi ise ceza yargılamasında inceleme yapan bilirkişi kurulundan kusur raporu almıştır. Ceza yargılaması sırasında, davalı tarafından bilirkişi raporuna itiraz edilmiştir. **Hukuk Mahkemesi, Ceza Mahkemesinde kesinleşen maddi olgu ile bağlı ise de, maddi olguya göre belirlenen kusur oranı hukuk hakimi için bağlayıcı değildir. Gerekliğinde zabıt mümzülerinin katılımıyla yeniden keşif yapılarak savunma delillerinin toplanması, davacı motosiklet sürücüsünün fren izi ile hızı da gözönünde bulundurularak**

d. Ceza Mahkemesi Kararının Bekletici Sorun Yapıldığı Haller Bakımından

Bağımsızlık prensibinin uygulamasıyla ilgili önemli hususlardan bir tanesi açılan ceza davasının hukuk mahkemesinde açılacak tazminat davası bakımından bir bekletici sorun teşkil edip etmeyeceğidir¹³⁰.

Bekletici sorun, bir davada davalı tarafından ileri sürülen bir iddianın davayı gören mahkeme tarafından değerlendirilemeyecek olması –görev dışında kalması- halinde söz konusu olur¹³¹ (Bkz. HMK m. 165). Böyle bir durumda hâkim kendi kararını verebilmek için başka bir mahkemede görülmekte olan davanın sonucunun beklenmesini istemektedir¹³². Hukuk hâkimi haksız fiile ilişkin davaları çözmek konusunda doğrudan görevlidir. Bunun da ötesinde hâkimin görevi dışında ileri sürülen bir iddianın çözümlenmesi için beklemek yükümlülüğü bulunmamaktadır¹³³. Bu nedenle bir çok halde iddia hakkında kendisi hüküm verebilecektir¹³⁴.

üniversitelerin, konusunda uzman trafik kürsüsünden seçilecek bilirkişiden rapor alınarak kusur oranlarının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.” (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 11. HD., 28.09.2006, E. 8503/ K. 9459: “(...)Ceza ve hukuk mahkemeleri kararları arasındaki ilişkiyi düzenleyen BK.nun 53 üncü maddesi hükmü hukuk hakimini, ceza mahkemesinin kesinleşen kararı karşısında maddi hukuk bakımından kural olarak bağımsız kullmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Her mahkumiyet kararı o eylemin hukuka aykırılığını tespit etmesi bakımından hukuk hakimini bağlayıcı niteliktedir. Ceza hakiminin saptadığı maddi olaylar ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı ve davalılar tarafından işlenmiş olup olmadığı hukuk hakimini bağlar. Bir başka ifade ile Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi hükmü uyarınca hukuk hakimi ceza davasında alınmış kusur raporu ile bağlı olmamakla birlikte, kesinleşmiş ceza ilamıyla saptanmış maddi olgularla bağlıdır.”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

¹³⁰Erçin, s. 65.

¹³¹Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 76-77; Erçin, s. 65-66; Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 205; Üstündağ, s. 186-187.

¹³²Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 76.

¹³³Bkz. Oser/Schönenberger (çev. Seçkin), ZürKom., Art. 53, N. 18.

Aksi yönde Yarg. 15. HD., 09.09.2015, E. 1398/ K. 4263: “Bir başka deyişle ceza davasında, sübuta eren maddi vakıaların hukuk davasında nazara alınacağı açıktır. Görülmekte olan ve henüz kesinleşmediği anlaşılan ceza davasının sonuçları eldeki hukuk davasını etkileyecek niteliktedir. Mahkemece yapılması gereken iş, ceza davasının kesinleşmesini beklemek, ceza davası kesinleştikten sonra ceza yargılamasında sübuta eren maddi olguları ve toplanan tüm delilleri birlikte değerlendirmek ve sonucuna uygun

- karar vermekten ibarettir. 6100 sayılı HMK'nın 165/1. maddesi hükmü gereğince ceza davası bekletici mesele yapılmadan ve sonuçları değerlendirilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”* (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 4. HD., 05.03.2015, E. 6700/ K. 2582: “6098 Sayılı TBK'nın 74. maddesi (818 Sayılı BK.nun 53) uyarınca ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de, somut olayın özelliği itibariyle maddi olgunun ve davalının sorumluluğunun tespiti açısından ceza davasının sonucu önem arz etmektedir. **Şu durumda, mahkemece davalı hakkında açıldığı bildirilen ceza davasının sonucunun beklenmesi ve sonrasında dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.**”(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 13. HD., 05.03.2015, E. 15543/ K. 6712: “Hemen belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'nun 53.maddesi (6098 Sayılı BK.nun 74 maddesi) uyarınca hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değilse de, ceza mahkemesince verilecek mahkumiyet kararı ve ceza mahkemesinde kabul edilen maddi vakıalar hukuk mahkemesini bağlar. **Bu sebeple açılmış bir soruşturma ya da ceza davası var ise sonucunun beklenmesi gerekir. O halde mahkemece ceza soruşturması neticesi beklenerek, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun gözardı edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.**”(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 9. HD., 26.09.2009, E. 36420/ K. 18300: “(...)Ceza davası maddi olayın yorumlanması açısından Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre hukuk yargılamasında bağlayıcıdır, ancak kusur açısından bağlayıcı değildir. Somut olayda **Cumhuriyet Savcılığı soruşturması sonucunda kamu davası açılmışsa bu konunun bekletici mesele yapılması, ardından bir karara varılması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.**” (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 4. HD., 13.03.2009, E. 9194/ K. 3748: “(...)Davaya konu yayın nedeniyle davalılardan Ahmet hakkında basın yoluyla hakaret ve yarar sağlamak için tehdit, davalı Sami hakkında basın yoluyla hakaret ve davalı Mustafa hakkında da basın yoluyla hakaret suçuna azmettirmek suçlarından kamu davası açıldığı, yapılan yargılama sonucunda mahkumiyetlerine karar verildiği ve temyiz edildiği için henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. BK'nun 53. maddesine göre, ceza mahkemesinin mahkumiyet kararı hukuk mahkemesini bağlayıcıdır. **Açıklanan nedenle davalılar hakkında açılmış bulunan ceza davasının sonucu beklenerek sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemece, bu yön üzerinde durulmadan karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.**” (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]
- Yarg. 15. HD., 25.12.2008, E. 5310/ K. 7641: “(...)Dosya içerisine getirtilen Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/139 Esas sayılı dosyasında, davaya konu oluşturan işler nedeniyle yüklenici şirket temsilcileri ile idare elemanları hakkında gerçek dışı hakediş raporları ve ödeme belgeleri düzenlemek, görevi ihmal ve kurumun zararına neden olmak, bu belgelerle kamu kurumuna karşı dolandırıcılık suçlarından kamu davası açıldığı ceza davasının halen derdest olduğu belirlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesince verilebilecek mahkumiyet kararları maddi olay

Buna karşılık hâkim dilerse, ceza mahkemesinde görülmekte olan bir ceza davasının sonucunu kendi vereceği karar açısından bekletici sorun olarak kabul edebilecektir¹³⁵. Şayet hâkim, bu şekilde hareket ederse, ceza davasında verilecek kararı peşin olarak kabul etmiş olacaktır. Aksi halde bu şekilde beklemesinin bir anlamı olmayacaktır¹³⁶. Buna göre, ilgili olasılıkta ceza mahkemesinde verilecek karar –pek tabii ancak yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde¹³⁷- bekletilen hukuk davasında kesin delil teşkil edecektir¹³⁸.

yönünden Hukuk Hakimini bağlayıcı niteliktedir. **BK'nun 53. maddesindeki bu düzenleme nedeniyle davaya konu teşkil eden işlerle ilgili olduğu anlaşılan Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/139 Esas sayılı dosyasının sonuçlanmasının ve kararın kesinleşmesinin beklenmesi zorunludur.**"(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

Yarg. 17. HD., 04.11.2008, E. 3889/ K. 5084: "Dava TTK.nun 1301 maddesine dayalı rücuun tazminat istemine ilişkindir. Aynı olayla ilgili olarak Pendik 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 2005/597 esas sayılı dosyası ile davalılar hakkında nası ızzar suçundan dava açılmış, mahkemenin yargılamanın durdurulmasına dair kararı Yargıtay 9. Ceza dairesinin 2006/3896 Esas -2007/744 Karar sayılı ilamı ile kaldırıldığı ve yargılamanın devam ettiği anlaşılmıştır. Ceza mahkemesi tarafından davalılar hakkında nası ızzar suçu nedeniyle verilecek mahkumiyet kararı **BK.53. maddesi gereğince fiilin hukuka aykırılığı bakımından hukuk hakimini bağlayacağından mahkemece ceza davasının bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.**" (www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

¹³⁴**Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 205; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 581; **Çelik**, s. 3.

¹³⁵**Kuru**, Cilt V, s. 5151; **Ayan**, s. 321. Aksi görüşte bkz. **Eren**, s. 829; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 714; **Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 205.

Yarg. HGK., 24.10.2007, E. 4-784/ K. 767: "(...)Davalının yerel seçimler öncesinde bir açık hava toplantısında yapmış olduğu konuşmada, davacı hakkında söylemiş olduğu dava konusu sözler nedeniyle Ceza Mahkemesinde hakaret suçundan davalı hakkında açılan ceza davasının mahkumiyet ile sonuçlandığı ve temyiz aşamasında olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. **BK.nun 53. maddesi hükmüne göre hukuk hakimisi her ne kadar ceza mahkemesi beraat kararları ile bağlı değilse de, davalının beyanının belli olaylara dayandırılmış olması ve somut olayın gösterdiği diğer özellikler itibarıyla ceza davasının sonucu beklenmeli ve daha sonra tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmelidir.**"(www.kazanci.com).[Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

¹³⁶**Kuru**, Usul Hukuku Dersleri, s. 597.

¹³⁷Bkz. yukarıda III, 1, b i-ii.

¹³⁸**Kuru**, Cilt V, s. 5153.

IV. Bazı Özel Haller Bakımından Bağımsızlık İlkesinin Değerlendirilmesi

1. Savcının Takipsizlik Kararı

TBK m.74 hükmünde hukuk hâkimin bağlı olmadığı belirtilen kararlar ceza mahkemesi kararlarıdır. Bu kararları vermeye yetkili olan kimseler de ceza mahkemesi hâkimleridir. Savcılar bu sistem içerisinde iddia makamını oluşturmaktadır¹³⁹.

Savcı yaptığı hazırlık soruşturması sonucunda toplanan delillerle bir kamu davasının açılmasına yeterli olmadığına kanaat getirecek olursa takipsizlik kararı vermektedir. Takipsizlik kararı şikayet üzerine veya re'sen yapılacak inceleme neticesinde verilebilir. Bu karar ile birlikte suç olduğu iddia edilen bir fiilin savcının kanaatine göre cezayı gerektirmeyen bir fiil olduğuna işaret eder. Ne var ki bu fiilin sonucunda ortaya zararlı bir sonuç çıkması olabilecektir. Hukuk hâkimi savcının takipsizlik kararıyla bağlı olmaksızın olayı inceleyerek kararını verebilecektir¹⁴⁰.

Yargıtay'ın da konuyla ilgili olarak görüşü belirttiğimiz yöndedir:

*“Mahkemece, toplanan kanıtlara ve benimsenen bilirkişi kurulu raporu doğrultusunda, **takipsizlik kararının ceza mahkemesi kararı niteliğinde olmaması nedeni ile hukuk hâkimini bağlamayacağı, tanık anlatımları, 14.11.2000 tarihli araç şoförü sıfatı ile davacı tarafından imzalanan tutanaktan kaza esnasında araç sürücüsünün davacı olduğunun anlaşıldığı, kazanın münhasıran alkollün etkisi meydana geldiği gerekçeleriyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.***”¹⁴¹.

2. Affın Etkisi

Genel af (TCK m. 74) mahkûmiyet kararından önce ceza davası açılmasını engeller, dava sırasında ceza davasını düşürür, mahkûmiyet kararından sonra ise verilmiş cezaları tüm sonuçları ile birlikte ortadan

¹³⁹Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 203.

¹⁴⁰Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 480; Erçin, s. 64; Arslan, Tazminat Taleplerine Etki IV, s. 339.

¹⁴¹Yarg. 11. HD., 15.01.2007, E. 13427/ K. 150 (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

kaldırır. Genel af la beraber mahkûmiyet sonuçları tam olarak ortadan kalkmakla beraber, bu durumun fiile herhangi bir etkisi olmamaktadır. Bu anlamda fiil tüm hukuki sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir¹⁴². Bunun anlamı haksız fiil failinin hukuk hâkimi tarafından tazminat ödemeye mahkûm edilebilecek olmasıdır¹⁴³.

Özel af (TCK m. 65) söz konusu olduğunda sadece ceza ortadan kalkar, azalır veya değişir. Bu anlamda özel af sadece cezanın yerine getirilmesini engelleyici bir etkiye sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla burada da genel af bakımından olduğu gibi fiilin sonuçları varlıklarını devam ettirmektedir¹⁴⁴. Bu anlamda hukuk hâkimi haksız fiil failini tazminat ödemeye mahkûm edebilir¹⁴⁵.

SONUÇ

Suç ve haksız fiil kavramları kimi zaman üst üste değerlendirilebilecek olsa da sadece suç veya sadece haksız fiil oluşturan fiillere de rastlanılmaktadır. Bir fiil aynı zamanda hem suç hem de haksız

¹⁴² Buna karşılık anılan durumda, genel af la birlikte fiil suç vasfını da kaybettiğinden, artık haksız fiillerde tazminat alacağına da istisnai olarak ceza davası zaman aşımının uygulanmasına ilişkin TBK m. 72 f.1 c.son uygulama alanı bulamayacaktır. Yani hukuk hakimi, önündeki tazminat davasında, TBK m. 74 uyarınca anılan mahkûmiyet kararının fiil kısmıyla bağlı olsa bile, artık suç teşkil etmeyen bu fiil bakımından zorunlu olarak normal şartlardaki zaman aşımı süresini uygulamak durumunda olacaktır. Şu farkla ki, böyle bir olasılıkta kısa zaman aşımı süresinin başlangıç tarihi, tazminat yükümlüsü ve zararı daha önce öğrenilmiş olsa bile, herhangi bir tesadüfi hak kaybının önüne geçilebilmesi için genel affın çıkarıldığı tarih olarak kabul edilmelidir. Eğer zarar ve tazminat yükümlüsü genel af tarihinde henüz öğrenilmemişse, bu durumda 2 yıllık sürenin bu unsurları öğrenme tarihinde başlayacağı da gözden kaçırılmamalıdır (**Öğuzman/ Öz**, s. 77; **Eren**, s. 835).

¹⁴³ **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, s. 649; **Demirbaş**, s. 720; **Erçin**, s. 62; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 481; **Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 204; **Tandoğan**, s. 351; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 578.

¹⁴⁴ Ceza mahkemesi önünde verilen mahkûmiyet kararının ardından çıkan bir özel af söz konusu olduğunda, yukarıda da belirtildiği üzere fiilin suç vasfı halen devamlılık göstereceğinden TBK m. 72 f.1 c.son'un uygulaması bakımından bir değişiklik olmayacak; hukuk hakimi haksız fiile dayalı tazminat davasında yine TBK m. 74 uyarınca mahkûmiyet kararının fiile ilişkin kısmıyla bağlı olacağından, ilgili ceza davası zaman aşımı süresini öncelikli olarak dikkate almaya devam edecektir. (**Öğuzman/ Öz**, s. 76; **Eren**, s. 835)

¹⁴⁵ **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, s. 649-650; **Demirbaş**, s. 721; **Erçin**, s. 62; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 481; **Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, s. 204; **Tandoğan**, s. 351; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 578.

fill teşkil ettiğinde ise ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesine nasıl etki edeceği saptanmalıdır.

Bu bağlamda çalışmamızda vardığımız sonuçlar ise şöylece özetlenebilir:

- Ceza mahkemesince verilen bir senedin sahte olduğuna ilişkin mahkûmiyet kararları ve yaş düzeltmeye ilişkin kararlar var olan özel hükümler nedeniyle hukuk mahkemesi bakımından hem kesin hüküm hem de kesin delil etkisini haizdir.
- Bunun dışında kalan haller bakımından ise ceza mahkemesi kararları mahkûmiyet ve beraat kararları olarak ayrıştırılarak ne ölçüde kesin delil etkisinin olabileceği cevaplanmalıdır. Gerek mahkûmiyet gerekse de beraat kararları bakımından fiil ve hukuka aykırılık unsurları açısından yapılan tespitler -istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla- hukuk hâkimini bağlayıcı etkiyi haizdir. Buna karşılık kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları bakımından aynı çıkarsama yapılamayacaktır.
- Boşanma davalarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararları kesin delil etkisi gösterir. Aynı durum yargılamanın iadesi talepleri bakımından da geçerlidir. Ceza mahkemesinde alınan bilirkişi raporları, hukuk hâkimini ancak raporun alındığı unsur kesin delil etkisini haiz ise bağlayıcı olmakta diğer hallerde etkilememektedir. Bunun yanında hukuk hâkimi kararını verebilmek için ceza mahkemesinde açılmış bulunan bir davanın sonuçlanmasını kural olarak beklemek zorunda değildir.
- Öte yandan savcıların verdikleri takipsizlik kararları, ceza mahkemesi kararı sayılmayacağından hukuk hâkimini herhalde bağlamayacaktır. Affin ise işlenmiş fiile bir etkisi bulunmadığından, hukuk mahkemesinde yapılacak tazminat taleplerini engelleyici bir etkisi söz konusu değildir.

KISALTMALAR

Art.	: Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bend
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CR	: Commentaire Romand
CO	: Code des Obligations Suisse
E.	: Esas
Eds.	: Editors
ETCK	: 765 Sayılı (Mülga) Türk Ceza Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
s.	: sayfa
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Arslan, A. İsmet**, “*Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(I)*”, Yargıtay Dergisi, Yıl

- 1980, Cilt 6, Ocak-Nisan 1980, Sayı 1-2, s. 157-178, (“Tazminat Taleplerine Etki I”).
- Arslan, A. İsmet**, “*Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(II)*”, Yargıtay Dergisi, Yıl 1980, Cilt 6, Temmuz 1980, Sayı 3, s. 295-323, (“Tazminat Taleplerine Etki II”).
- Arslan, A. İsmet**, “*Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(III)*”, Yargıtay Dergisi, Yıl 1980, Cilt 6, Ekim 1980, Sayı 4, s. 507-528, (“Tazminat Taleplerine Etki III”).
- Arslan, A. İsmet**, “*Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(IV)*”, Yargıtay Dergisi, Yıl 1981, Cilt 7, Temmuz 1981, Sayı 3, s. 325-349, (“Tazminat Taleplerine Etki IV”).
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Ayan, Mehmet**, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- Bagatur, Ege**, “*Medeni Hukuk ile Ceza Hukuku Arasındaki İlişki, BK'nun 53. Maddesinin İncelenmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1965, Sayı 5, s. 578-583.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Beta Yayınları, 2014.
- Çelik, Ahmet**, “*Tazminat Davalarında Ceza – Hukuk İlişkisi*”, s. 1-16, [www.tazminathukuku.com/Son Erişim Tarihi: 20.01.2016](http://www.tazminathukuku.com/Son_Erişim_Tarihi:20.01.2016)]
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Deschenaux, Henri/ Tercier, Pierre**, La Responsabilité Civile, Editions Staempfli & Cie SA, Berne, 1982.
- Doğanay, İsmail**, “Hukuk Hâkimi, Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararı İle Bağlıdır?”, Yargıtay Dergisi, Sayı 2, s.21-31.

- Engel, Pierre**, Traité des obligations en droit suisse, Staempfli Editions SA, Berne, 1997.
- Erçin, Ferhat**, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi [B.K. 53. Madde], DER Yayınları, İstanbul, 2000.
- Eren, Fikret**, 098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015.
- Fick, F. (adaptation française par Porret, Max=E.)**, Commentaire Du Code Fédéral des Obligations, 1er Volume, Délachaux & Niestlé S.A., Neuchatel, 1915.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, “*Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi*”, AÜHFDF, Yıl 1973, Cilt XXIX, Sayı 3-4, s. 186-225, (“Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”).
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Türk Borçlar Kanunu'na Göre)Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, (“Borçlar Hukuku”).
- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, “*L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile en réparation en droit turc*”, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981.
- Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, Demir&Demir Yayınları, Ankara, 2001. (“Cilt V”)
- Kuru, Baki**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2015. (“Usul Hukuku Dersleri”)
- Müderrişoğlu, Feridun**, “*Ceza Mahkemesi Kesin Hükmü ile Tespit Edilen Kusur Derecesi Hukuk Hâkimini Bağlar Mı?*”, Adalet Dergisi, Yıl 64, Şubat-Mart 1973, Sayı 2-3, s. 108-124.

- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.
- Oser, Hugo/ Schöenberger, Wilhelm (çev. Seçkin, Recai)**, Zürih Şerhi, İkinci Kısım, Art. 41-109 OR, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950. (“ZürKom.”)
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Nihat/ Bacaksız, Pınar/ Doğan, Koray/ Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Rossel, Virgile**, Manuel Du Droit Fédéral Des Obligations, Tome Premier, Librairie Payot & Cie, Lausanne-Geneve, 1920.
- Scyboz, Georges**, “*Deux Rapports de l’action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral avec l’action pénale: les art 53 et 60 al. 2 CO*”, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürih und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürih, 1981.
- Selçuk, Rıza Nurettin**, “*Ceza Kararlarının Hukuk Hâkimine Etkisi*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1975, Ocak-Şubat, Sayı 1, s. 718-725.
- Tandoğan, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

- Umar, Bilge,** *“Temyiz Mahkemesi İçtihatlarına Göre Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Tesiri”*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt XXXIII, Sayı 4, Nisan 1959, s. 360-389. (“Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkisi”)
- Umar, Bilge,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (“Şerh”)
- Uygur, Turgut,** Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 3. Cilt madde 51-108, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Üstündağ, Saim,** Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- Von Tuhr, Andreas (çev. Edege, Cevat),** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları, N. 15, 1983.
- Werro, Franz,** Art. 41-61 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations art. 1-529, Loi sur le credit a la consommation, Loi sur les voyages a forfait (Thévenoz, Luc/ Werro, Franz (eds.)), Helbing-Lichtenhahn, 2003, (“CR-CO”).
- Yazar, Muammer,** *“Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk Arasındaki İlişki”*, Yargıtay Dergisi, Cilt 12, Temmuz 1986, Sayı 3, s. 246-255.
- Yenerer Çakmut, Özlem,** *“§21 Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve m. 74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamanaşımı Kavramlarına Kısa Bir Bakış”*, İstanbul Barosu, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları Cilt II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borç İlişkinlerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi – Zamanaşımı, 28-29 Nisan 2012, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 28-37.
- Yılmaz, Ejder,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kazancı İçtihat Bankası,** www.kazanci.com [Son Erişim Tarihi: 20.01.2016]

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 17.06.2015 TARİHLİ KARARININ İCRA HUKUKUNA HÂKİM İLKELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ayşe KILINÇ*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.2015 tarihinde Belediye Kanunu'nun 15. maddesi ile ilgili vermiş olduğu kararın gerekçesi ve sonuçları icra hukuku bakımından önem arz etmektedir. Anayasa mahkemesi belirtilen kararında; icra hukukunun temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi başta olmak üzere icra hukukuna hâkim olan ve temelini Anayasa'dan alan birtakım haklar ve ilkelerin üzerinde önemle durmuştur. Ayrıca icra hukukunda borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğü, devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin düzenlemeler ve takip hukukuna ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanması konuları aynı kararda icra hukuku bakımından ele alınan diğer hususlardır.

Anahtar Kelimeler: İcra hukuku, mal beyanı, icra hukukunda temel haklar ve ilkeler, devlet mallarının haczedilmezliği, kanunların zaman bakımından uygulanması.

THE EVALUATION OF CONSTITUTIONAL COURT DECISION DATED 17.06.2015 IN TERMS OF PREVELANT PRINCIPLES OF EXECUTION LAW

ABSTRACT

The justification and the results of the Constitutional Court decision that was given on 17.06.2015 with 15th article of Municipal Code, are more of an issue with regard to execution law. In the aforementioned decision of the Constitutional Court; various dominating rights and principles of the execution law that are based on the Constitution, particularly the principle of legality which is one of the main principles of execution law, are strongly mentioned. Beside the issues mentioned above; the debtor's obligation for declaring property, the rules of state properties being not attachable and implementation of rules related to code for quashing in terms of time, are other issues that are considered in the same decision within the scope of execution law.

Keywords: execution law, declaration of property, basic rights and principles in law of execution, being not attachable of state properties, implementation of codes in terms of time.

*Yrd. Doç. Dr. Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, 17.6.2015 tarihli ve 2014/194 E, 2015/55 K sayılı kararında¹;

3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ibaresini ve ikinci cümlesinde yer alan "...veya kamu hizmetlerini aksatacak..." ibaresini; yine aynı Kanun'un "15 inci maddenin son fıkrası hükümleri, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizler, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılır." hükmünü içeren 6552 sayılı Kanun'un 123. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesini Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nden aynı başvuruda, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesine 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan "İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir." birinci bölümü ile ikinci cümlesinde yer alan "On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak ... şekilde yapılamaz." bölümünün iptali de talep edilmiş ve fakat iptal talebi reddedilmiştir.

Bu çalışmada ise Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararında incelemiş olduğu hususlar dikkate alınarak, konu icra hukuku bakımından beş ana başlık altında ele alınacaktır².

¹ Çalışmada okuyucu için pratiklik sağlamak amacıyla kararın tümüne yer verilmemiş; yalnızca incelemenin konusunu oluşturan kısımlar özellikle ele alınmıştır. 17.6.2015 T, 2014/194E- 2015/55K sayılı (RG: 26.6.2015T -29398S) Anayasa Mahkemesi kararının tam metnine ulaşmak için ayrıca bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 15.12.2015.

² 17.6.2015 T, 2014/194E- 2015/55K sayılı (26.6.2015-29398 Resmi Gazete tarih ve sayılı) Anayasa Mahkemesi kararı. Çalışmanın içerisinde; Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilen bazı maddelerin iptaline ve bazılarının iptal talebinin reddine ilişkin verdiği kararın gerekçeleri, metin içerisinde ilgili yerlerde aynen aktarılmış olup, her aktarmada Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi olduğu belirtilerek, ayrıca dipnotta atıfa yer verilmemiştir.

I. İCRA HUKUKUNDA "KANUNİLİK" İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi belirtilen kararında; 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak ... şekilde yapılamaz*" bölümünü Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal talebini reddederken Anayasa'nın 2. maddesine yer alan hukuk devletinde belirlilik ilkesine yollamada bulunmuştur. Belirlilik ilkesi uyarınca bireyler, Kanun'da, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmek zorundadır. Zira ancak böyle bir belirlilik içinde birey, kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Nitekim 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinde de, borçlunun mallarına alacaklının bütün alacaklarına yetecek miktarda haciz konulacağını belirtildiği ve iptali talep edilen kuralda da on gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işleminin alacak miktarını aşacak şekilde yapılamaması şeklindeki hükmün de aynı mahiyette olduğuna dikkat çekilmiştir. Ayrıca haciz işleminin alacak miktarını aşacak şekilde yapılamamasının tüm haciz işlemlerinde uygulanan ana kural olduğu ve bu konularda düzenleme yapma yetkisinin ise anayasal sınırlar içerisinde kanun koyucuya ait olduğu hususu vurgulanmıştır.

Yukarıda Anayasa Mahkemesi, belirtilen hükmün iptal talebini reddederken "*hukuk devletinde belirlilik*" ilkesini dayanak göstermiştir. İcra hukuku bakımından belirlilik ilkesi, icra hukukunun temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır³. Buna göre kanunilik ilkesini; cebri icraya ilişkin her türlü faaliyetinin kanuna

³ "*Yaptırım ağırlığı ceza hukukundaki seviyeye ulaşmasa dahi, cebri icra hukuku bir yönüyle ceza hukukundaki ilkelere benzer bazı ilkelerin kabul edilmesini zorunlu kılmıştır. Bu konuda kabul edilen ilkelerin temelinde kanunilik ilkesi yatmaktadır. Bu ilke, cebri icra alanında en temel ilkedir.*" Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 90.

dayanması, kesinlik taşıması, öngörülebilir ve sınırlarının baştan belli olması ile keyfiliğe imkân tanımaması şeklinde ifade edebiliriz⁴.

Haciz ise bir cebri icra işlemi olup; Anayasa ile teminat altına alınan yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, eşitlik ilkesi gibi temel haklar ve ilkelere müdahale niteliği taşıması söz konusu olabilir. Bu sebeple hacizle ilgili bütün kuralların Kanun'da kesin sınırlarla belirlenmesi ve ölçülü olması gerekmektedir⁵. Ayrıca Kanun'da yer alan ve Anayasa'da teminat altına alınan temel hak ve ilkelere müdahale niteliği taşıyan haciz ile ilgili hükümlerin de ancak amacına uygun ve dar yorum yöntemi ile yorumlanabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır⁶.

Bu noktada tartışılması gereken ise, Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak ... şekilde yapılamaz*" bölümünün icra hukukunda belirlilik ilkesi bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususudur.

Kanımızca söz konusu hüküm Anayasa'ya aykırılık taşımamaktadır. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun "*taşınır ve taşınmaz malların haczi*" başlığını taşıyan 85. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur.*" hükmü ile açıkça yapılacak olan haciz işleminin takip konusu asıl alacağın ferileriyle birlikte toplamını geçemeyeceği hususu emredici bir şekilde düzenlenmiş olup, borçlunun Anayasa ile teminat altına alınan mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği taşıyan haciz işleminin sınırları da kesin bir şekilde belirtilmiştir. Kaldı ki Belediye Kanunu'nun iptali talep edilen hükmü de esasen İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasının tekrarı niteliğinde olduğundan icra hukukunda belirlilik ilkesi gereğince Anayasa'ya aykırı olmadığını ifade edebiliriz.

⁴ Tolga Akkaya, "İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11., Özel Sayı 2009, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010, s. 845-866, s. 856.; Özkes, s. 89-90.

⁵ Akkaya, s. 860.

⁶ Özkes, s. 92.

II. İCRA HUKUKUNDA DÜZENLENEN MAL BEYANINDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi Belediye Kanunu'nun 15. maddesine 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde belirtilen "*İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir.*" şeklindeki bölümün iptal talebini reddederken, İcra ve İflâs Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan "*Mal beyanı, borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirlerini ve yaşayış tarzına göre geçim membalarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya şifâhen icra dairesine bildirmesidir.*" hükmüne yollamada bulunmuştur. Buna göre; Anayasa Mahkemesi, iptal talep edilen kuralda yer alan hükmün, İcra ve İflâs Kanunu'nun 74. maddesi ile aynı mahiyette olup, alacağın bir an önce tahsilini sağlamaya yönelik olduğunu belirterek, böyle bir düzenlemenin ise anayasal sınırlar içerisinde kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğunu ve kuralın bu bölümünün, alacaklının alacağını cebri icra ile almasına engel teşkil etmediğinin altını çizmiştir.

Hukukumuzda borçlunun, alacaklıya karşı kural olarak bütün malvarlığı ile sınırsız sorumluluğu, diğer bir ifadeyle, şahsî sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir⁷. Ancak malvarlığı ile sınırsız şahsî sorumluluğu, borçlunun haczi kabil malvarlığı ile sorumluluğu olarak anlamak gerekir⁸. Zira kanun koyucu tarafından bir takım özel sebeplerle borçlunun malvarlığında haczi kabil olmayan bazı mal ve haklar düzenlenerek⁹, borçlu alacaklıya karşı kanunen koruma altına alınmıştır.

⁷ Fikret Eren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı), Ankara 2014, s. 86.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 16. Bası), Ankara 2012, s. 31-32.; Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt: "Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme" (5. Basıdan Tıpkı 6. Bası), İstanbul 2014, s. 29. M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (Gözden Geçirilmiş 11. Bası), İstanbul 2013, s.16.; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku 1. Cilt (Tercüme Eden Avukat Cevat Edage), İstanbul 1952, s. 15-16.

⁸ Eren, s. 86.; Kılıçoğlu, s. 31-32.

⁹ Haczedilmezlik konusu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bkz. aşağıda IV. Bölüm.

Borçlunun haczedilen malvarlığı, alacaklının alacağını tahsil edebilmesi bakımından bir teminat teşkil eder. Ancak alacaklı bakımından bu teminatın işlerlik kazanabilmesi, diğer bir ifadeyle alacağını tahsil edebilmesi, borçlunun malvarlığı hakkında bilgi sahibi olmasına bağlıdır¹⁰. Alacaklının borçlunun malvarlığı hakkında bilgi sahibi olabilmesi bakımından gerek hukukumuzda gerekse karşılaştırmalı hukukta çeşitli yollar bulunmaktadır¹¹. Hukukumuz bakımından kabul edilen en temel yol ise borçlunun kanunen mal beyanında bulunması yükümlülüğüdür¹². İcra ve İflâs Kanunu'nun 74. maddesinde içeriği düzenlenen mal beyanı; aleyhine icra takibi yapılan borçlunun gerek kendisinde gerek üçüncü şahıslar elinde bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek miktarın cins, nitelik, tür ve özellikleri ile her türlü kazanç ve gelirlerini, yaşayış tarzına göre geçim kaynağını ve buna göre borcunu nasıl ödeyeceğini yazı ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmesidir¹³. İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen mal beyanında bulunma yükümlülüğü ile hem borçlunun malvarlığı alacaklıya ve icra dairesine karşı şeffaf hale gelerek, cebri icra işlemlerinin yürümesi

¹⁰ Hasan Ercan, İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Mal Beyanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 6.; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s. 158.; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku Cilt 1 (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı), Ankara 2013, s. 497.; Mustafa Serdar Özbek, "İcra ve İflâs Kanununda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlali Halinde Öngörülen Tazyik Hapsi Ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 2447-2511, s. 2448. ; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin-Özkan/ Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı 2. Bası, Ankara 2015, s. 190.; İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları (538 Sayılı Kanun Gözönünde Tutularak Yazılan 4. Bası), İstanbul 1982, s. 273.; Talih Uyar/ Cüneyt Uyar/ Alper Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi Cilt 1: İİK. 1-82 (Genişletilmiş 3. Baskı Yeniden Yazılmış), Ankara 2014, s. 1486.; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1990, s.185.

¹¹ Ercan, s. 5.; Postacıoğlu, s. 273.; İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları (Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası), İstanbul 2010, s. 348. Örneğin; İsviçre hukukunda borçlunun haciz sırasında şahsen bulunması veya bir temsilci aracılığıyla temsil edilmesinin kanunî bir yükümlülük olarak kabul edildiğine ilişkin olarak bkz. Ercan, s. 5; Postacıoğlu/ Altay, s. 348.; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 1486.; Üstündağ, s.184.

¹² Ercan, s. 5; Özbek, s. 2448.

¹³ Ercan, s. 6-7; Kuru, s. 158.; Muşul, s. 497.; Özbek, s. 2448; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes, s. 190-191.; Postacıoğlu, s. 273.; Postacıoğlu/ Altay, s. 348.; Üstündağ, s.185.

ve alacaklının alacağına kavuşması sağlanmakta hem de borçlunun müstakbel haciz işlemi sebebiyle uğrayabileceği zararlar azalmaktadır¹⁴.

Kanımızca Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği gibi, iptali talep edilen Belediye Kanunu'nun ilgili hükmü de esasen İcra ve İflâs Kanununun 74. maddesinde bulunan mal beyanında bulunma yükümlülüğü ile benzer bir nitelik taşımaktadır. Zira belirtilen düzenleme ile borçlu belediyeye haciz kararından önce borca yetecek miktarda mal göstermesi istenerek, hem alacaklının alacağına kavuşması bakımından icra takip süreci hızlandırılmakta hem de borca yetecek miktarda gösterilecek malvarlığı değerlerini borçlu belediyenin takdirini bırakarak, ileride doğabilecek haczedilmezlik şikâyetlerine engel olmaktadır. Nitekim hukukumuzda geçerli olan "devlet mallarının haczedilmezliği" ilkesi¹⁵ ile birlikte, kamu tüzel kişiliğine sahip yerel bir idare organı olarak belediyenin bir kısım malvarlığı değerlerinin icra takip süreci içerisinde özel bir koruma altında olduğunu ifade edebiliriz.

III. İCRA HUKUKUNDAKİ ANAYASAL TEMEL HAK VE İLKELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan "... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ibaresini, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen hükmü iptal ederken Anayasa'nın çeşitli maddelerine yollamada bulunmuştur. Bunlarda ilki; Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüdür. Anayasa Mahkemesine göre; hukuk devletinin temel ilkelerinden biri hukuk güvenliği olup, hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar. Kanunlara göre bir alacağın, cebri icra yoluyla elde edilmesinin engellenmesi ile ödeme şekli ve zamanı belirtilerek başka bir güvenceye de kavuşturulmaması hukuk güvenliğini zedeler. Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri de

¹⁴ Ercan, s. 7-8; Özbek, s. 2449.

¹⁵ "Devlet mallarının haczedilmezliği" ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda IV. Bölüm.

mahkemeye erişim hakkıdır. Buna göre; yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp, ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması gerekir. Hukuk sisteminde, nihaî mahkeme kararlarını, davanın haklı olan tarafının aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, “mahkemeye erişim hakkı” da anlamını yitirir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması, hukuk devletinin gereklerindedir.

Hukuk devleti ilkesinin tezahürünü, hukukun bazı alanlarında daha açık bir şekilde görmek mümkündür. İşte bu alanlardan biri de şüphesiz icra hukukudur. Zira icra hukuku alanında bireylerin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale ve müdahalenin haksız olması halinde ise ihlâl söz konusu olabilecektir¹⁶. İcra hukukunda; basit bir hukukî korumanın ötesinde etkin hukukî korumanın sağlanabilmesi bakımından hukukî zorlamayı içeren önemli kural ve ilkeler benimsenmiştir¹⁷. Nitekim alacağını cebri icra organları aracılığıyla elde etmesi gereken alacaklıya, alacağını hukuka uygun en etkili yollarla elde etmesine yönelik düzenlemeler, belirtilen hak ve ilkelerin icra hukuku alanında fiilen uygulanmasına hizmet eder¹⁸. Bu kapsamda olmak üzere, alacaklının, cebri icra yoluyla alacağını elde etmeye çalışırken başvurulmuş temel hukukî yol, şüphesiz ki haciz işlemidir¹⁹. Haciz işlemi ile birlikte, borçlunun malvarlığına hukuken el koyulurken, alacaklının alacağına en basit, en süratli ve en ucuz şekilde kavuşmasına yönelik ilke ve kuralların bulunması gerekir. Dolayısıyla, “... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır” ibaresinin alacaklının alacak hakkına hukuken kavuşmasına engel olduğu kanısındayız. Zira haciz, borçlunun -haczedilebilen- bütün malvarlığına alacaklının başvurabilmesine imkan tanıyan bir icra takip işlemidir ve haciz işleminin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, borçlunun takdirine bırakılmayarak İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, borçlunun Kanun'da

¹⁶ Özkes, s. 125.

¹⁷ Özkes, s. 125-126.

¹⁸ Özkes, s.128.; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s.55.

¹⁹ “Zira icra takip prosedürü içerisinde takibin kesinleşmesiyle birlikte, borçlu tarafından borç ödenmemişse, takibin bir sonraki aşaması olan haciz aşamasına geçilmektedir.” Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s.196.

belirtilen istisnalar dışında bütün malvarlığı, haczin konusu olabilecektir. Bu sebeple, haciz işlemini yalnızca borçlu tarafından gösterilen malvarlığı değerleri ile sınırlandırmak, hem cebri icraya ilişkin genel hükümlerin yer aldığı bir kanun olan İcra ve İflâs Kanunu'na hem de alacaklının alacak hakkına kavuşmasına engel olması bakımından hak arama özgürlüğüne de aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen hükmü iptal ederken başvurduğu diğer iki anayasal kural ise Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı ile 13. maddede düzenlenen hükümdür. Anayasa Mahkemesi'ne göre; Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Yine Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

İcra hukuku bakımından mülkiyet hakkının farklı tezahürleri söz konusudur. Zira icra prosedürü içerisinde bir taraftan alacaklının alacak hakkını elde etmesine yönelik düzenlemelerle mülkiyet hakkı korunmaya çalışılırken, diğer taraftan borçlunun mülkiyet hakkına yapılacak haksız müdahalelerin önlenmesi amaçlanmaktadır²⁰. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan “... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır” hükmü açısından mülkiyet hakkını ele aldığımızda ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun “*Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur.*” düzenlemesini içeren 85. maddesinin birinci fıkrası bu konuda bize yol gösterici olacaktır. Şöyle ki; bu madde ile icra hukukunda mülkiyet hakkının korunması bakımından takibin amacı, menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesi birlikte değerlendirilmiştir²¹. Zira belirtilen hükümle birlikte, borçlunun bütün

²⁰ Özekes, s. 182.; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes, s.63.; Ayrıca icra hukukunda alacaklı ve borçlu dışında üçüncü kişinin de mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin olarak bkz. Özekes, s. 182.; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes, s.63.

²¹ Özekes, s. 183.

malvarlığı değerleri diğer bir ifadeyle, mülkiyet hakkı haczin konusunu oluştururken, alacaklının asıl alacağına yanı sıra faiz ve masraflarına yetecek miktarda haczin yapılacağı belirtilerek alacaklının mülkiyet hakkı da koruma altına alınmıştır²².

Genel olarak, bireylerin temel birtakım anayasal haklarına müdahale niteliği taşıması sebebiyle icra hukukunda ölçülülük ilkesi ayrı bir öneme sahiptir²³. Bir yandan alacaklının alacağını elde etmesi amacıyla hukukî koruma anlamında cebrî icra talebi, bir yandan devletin cebrî icrayı sınırları belirli kurallar dairesinde uygulama konusundaki tekeli ve nihayetinde borçlunun cebrî icra prosedüründe korunmasına ilişkin düzenlemeler icra hukukunda ölçülülük ilkesinin bir sonucudur²⁴. İcra hukukunda ölçülülük bakımından en önemli düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin incelediğimiz iptal kararına da konu olan haciz ile ilgili İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesidir. Zira bu madde ile borçlunun borcundan dolayı yalnızca borç miktarınca sorumlu olduğu ve sorumluluğun kapsamına da nelerin girdiği "...alacaklının ana, faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere..." ibaresi ile açıkça ifade edilmiştir. Kaldı ki, bu kapsam zaten alacaklının alacak hakkını hukuken tam olarak elde etmesine imkân tanımaktadır²⁵.

IV. "DEVLET MALLARININ HACZEDİLMEZLİĞİ"NE İLİŞKİN DÜZENLEMELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan "... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ibaresini iptal ederken üzerinde durduğu en önemli nokta; devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin düzenlemelerdir.

Anayasa Mahkemesi belirtilen kararında; İcra ve İflâs Kanunu ve takip hukuku hükümlerine göre asıl olan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan, kural olarak borçluların tüm mallarının haczi mümkün olup, bir malın haczedilememesi için bu yönde bir yasal düzenlemenin bulunmasının zorunlu olduğuna işaret etmiştir.

²² Özkes, s. 183.

²³ Özkes, s. 207-220.; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s.58-60.

²⁴ Özkes, s. 207.

²⁵ Özkes, s. 211-212.

Kararda; Kanun'un 15. maddesinin dokuzuncu fıkrasında; "*Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez.*" düzenlemesinin yer aldığına değinilmiştir. Yine 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasında da, belediyelere verilen genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda belediyeye verilmesi öngörülen payların vergi hükmünde olduğu belirtilerek, belediyelerin bir kısım gelirlerinin ve mallarının alacaklılara karşı koruma altına alındığının altı çizilmiştir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi belirtilen kararında; aynı zamanda 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde haczi caiz olmayan mallar ve hakların gösterildiğine ve bu hükmün de belediyeler için uygulandığına işaret etmiştir. İtiraz konusu kuralın ise, belediyeler aleyhine yapılan icra takiplerinde alacak miktarına bakılmaksızın belediyelerin mallarına doğrudan haciz konulmasını engelleyerek ve borçlu belediyenin gösterdiği mallar üzerine haciz konulmasını sağlayarak, belediyelerin hizmet görme kapasitelerinin kısıtlanmasının neden olacağı sakıncaları gidermek için kamu yararı amacıyla yapıldığının anlaşıldığını belirtmiştir. Kanun koyucunun, itiraz konusu kural ile belediyelerin borçlarının tahsilini zorlaştıran bir hüküm getirdiğinin, itiraz konusu kuralla, belediyenin mallarına veya alacaklarına haciz işlemi uygulanmadan önce borçlu belediyeden borca yetecek miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesinin isteneceğine ve sadece belediyenin on günlük süre içerisinde bildireceği mallar üzerine haciz konulabileceğine, düzenleme ile belediyenin başka mal ve alacakları bulursa ve alacağın bu mal ve alacaklardan tahsil edilmesi daha kolay ve kısa sürede olsa dahi borçlu belediyenin bu mal ve alacaklarını bildirmediği takdirde bunlara haciz konulamayacağına vurgu yapmıştır.

Yukarıda borçlunun borcundan dolayı alacaklıya karşı sınırsız malvarlığı ile sorumlu olduğunu belirtmiştir²⁶. Ancak bu sorumluluğun iki

²⁶ Bkz. yukarıda II.Bölüm; ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun "*Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur*" hükmünü içeren 85. maddesi.

sınırı bulunmaktadır. Bunlardan ilki; birtakım insanî²⁷ ve sosyal düşüncelerle²⁸ Kanun koyucu tarafından borçlunun bazı malvarlığı değerlerinin haciz işleminin kapsamı dışında tutulmasıdır ki, bu durum literatürde “*haczedilmezlik*” olarak ifade edilir²⁹. Borçlunun malvarlığı ile sorumluluğunun ikinci sınırı ise, İcra ve İflâs Kanunu’nun 85. maddesinde yer alan ve borçlunun yalnız alacaklının asıl alacağı yanında faiz ve masraflardan sorumlu olduğunu belirten “*Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur.*” şeklindeki hükümdür³⁰. Ancak konumuz açısından bizi asıl ilgilendiren husus; haczedilmezlikle ilgili düzenlemelerdir. Buna göre; bir mal veya hakka haczedilemez vasfının ancak kanun koyucu tarafından verileceğini, diğer bir ifadeyle haczedilmezliğe ilişkin düzenlemelerin mutlaka bir kanun hükmüne dayanması gerektiğini ifade etmek gerekir³¹. Hukukumuzda hem icra hem de iflâs hukuku bakımından haczedilmezlikle ilgili genel düzenlemeler İcra ve İflâs Kanunu’nun “*haczi caiz olmayan mallar ve haklar*” başlığını taşıyan 82. maddesi ile “*kısmen haczi caiz olan şeyler*” başlığını taşıyan 83. maddesinde yer alır³². Bunun yanında bazı özel kanunlarda da

²⁷ Hacizden korunma ayrıcalığının yalnız gerçek kişilere tanınmış olduğuna, tüzel kişilerin bundan yararlanmasının kabul edilmediğine ilişkin olarak bkz. Postacioğlu/ Altay, s. 410.; Üstündağ, s.215.

²⁸ Alman hukukunda haczedilmezlikle ilgili düzenlemelerin, cebrî icranın alacaklının olduğu kadar aynı zamanda borçlunun ve kamunun çıkarlarına da hizmet etmesi gerektiği düşüncesinden kaynaklandığına ilişkin olarak bkz. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Zwangsvollstreckungsrecht (10. neu bearbeitete Auflage), München 2014, s. 152 Rn. 277.

²⁹ Baki Kuru, "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", Makaleler, İstanbul 2006, s. 718.; Muşul, s. 632.; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes, s.200; Postacioğlu/ Altay, s. 410.; Üstündağ, s. 215.; Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra Hukuku (Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 5. Baskı), İstanbul 2012, s. 142.

³⁰ Muşul, s. 632.

³¹ Muşul, s. 633.

³² Kuru (Makaleler), s. 718.; Muşul, s. 632.; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes, s.200; Karşılaştırmalı hukukta yer alan bazı düzenlemeler için bkz. Kuru (Makaleler), s. 718 dn. 2.; Benzer bir düzenleme Alman hukukunda da mevcuttur. Alman hukukunda ZPO §811'de düzenlenen haczedilemeyen mallarla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz Brox/Walker, s. 153-165 Rn. 278-305.; Uwe Gottwald, Zwangsvollstreckung Kommentar zu den §§704-915h ZPO mit Antrags-und Klagemustern für die Rechtspraxis (5.,überarbeitete und ergänzte Auflage), Berlin 2005, s. 565-587 Rn. 1-122.; Johann Kindl/Caroline Meller-Hannich/Hans-Joachim Wolf,

haczedilmezliğe ilişkin düzenlemeler yapılmıştır³³. Bunların başında ise devletin egemenlik gücünün bir sonucu olarak “devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 82/I,1. maddesinin yanı sıra çeşitli kanunlarda yer alan düzenlemeler gelir³⁴.

Hukumumuzda devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin düzenlemeler, devletin sahip olduğu egemenlik hakkına karşı cebrî icranın uygulanmasının mümkün olamamasından kaynaklanmaktadır³⁵. Şöyle ki; hukuk devleti ilkesi gereği hukuku uygulamak devletin başlıca görevleri arasında olduğuna ve devletin hukukun gereği olarak bir hakkı veya borcu cebrî icraya gerek kalmadan kendiliğinden yerine getireceği, alacaklının bireysel yararı için kamu yararının feda edilemeyeceği ve yine kamu hizmeti yürütmekle yükümlü olan devletin bu hizmetleri aksatmadan devamını sağlayabilmesi için cebrî icra tehdidi altında olmaması gerektiği yolundaki düşünceler, gerek öğreti gerekse içtihatlarla devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin düzenlemelerin amacını oluşturmaktadır³⁶.

"Devlet malı" kavramından³⁷ ne anlaşılması gerektiği³⁸ 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda³⁹ açıklanmıştır⁴⁰.

Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung (ZPO/ZVG/Nebengesetze/Europäische Regelungen/Kosten Handkommentar 2. Auflage), Baden 2013, s. 571-585, s. 572-585 Rn. 1-37.; Yine İsviçre hukukunda SchKG Art. 92-93'teki haczedilmezlik düzenlemeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Daniel Hunkeler, Schuldbetreibungs und Konkursgesetz-Kurzkommentar (2. Auflage), Basel 2014, s. 410-470, s. 412-442 Rn. 1-96 ve a. 443-470 Rn. 1-76.

³³ Örneğin; "Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir." hükmünü içeren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "*Devir, temlik, haciz ve Kurum alacaklarında zamanaşımı*" başlıklı 93. maddesi.

³⁴ Postacioğlu/ Altay, s. 411.; Üstündağ, s. 231.

³⁵ Kuru (Makaleler), s. 723.; Postacioğlu/ Altay, s. 451.; Üstündağ, s.366.

³⁶ Kuru, s. 187.; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s.202-203.; Postacioğlu/ Altay, s. 451-452.; Uyar, s. 1543.

³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1992T, 1992/13E, 1992/50K ve RG: 30.06.1993T, 21623S kararı ile İİK'nun 82. maddesinin birinci bendinde yer alan "...devlet malları..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin vermiş olduğu karar için bkz. Muşul, s. 645 ve s. 645 dn. 37.

Devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin olarak incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararının konusunu oluşturan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin dokuzuncu fıkrasında “*Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez.*” hükmü yer almaktadır⁴¹. Buna göre; belediyelere tanınan haczedilmezliğin kapsamının; proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirler, şartlı bağışlar, vergiler, resimler, harçlar ve kamu hizmetine özgülenmiş mallar ile sınırlı olduğunu ifade etmek gerekir⁴².

³⁸ Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.2.2003T, 2003/12-116E, 2003/111K; 23.1.2008T, 2008/12-50 E, 2008/K; 25.12.2002T, 2002/12-1101E, 2002/1113K sayılı kararları için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 1.2.2016.; “Devlet malı” kavramı ile ilgili olarak bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 452-456.; Uyar, s. 1545-1570.; Yıldırım/Yıldırım, s. 151.

³⁹ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Kabul tarihi: 10.12.2003 RG: 24.12.2003T, 25326S.

⁴⁰ Devlet malı kavramı içerisinde değerlendirilen mallar hakkında bkz. Kuru (Makaleler), s. 723-727.; Postacıoğlu, s. 367-372.

⁴¹ Kanun'un tümü için bkz. Kabul Tarihi: 3.7.2005, Sayı: 5393 Resmî Gazete Tarih/Sayı: 13.7.2005/25874.

⁴² 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19. maddesinin yedinci bendine göre; “*akar olamayan binalar*”ın da haczedilemeyeceğine ilişkin bir ibare yer almakta idi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Postacıoğlu, s.370.; Üstündağ, s. 231.; örneğin; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun “*döner sermayenin devlet malı niteliğinde olduğu ve haczedilemeyeceğine*” ilişkin vermiş olduğu 23.01.2008 T ve 2008/12-50E, 2008/8 K sayılı kararı için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 01.02.2016.; “...*İcra Müdürlüğü'nün 2008/16203 esas sayılı dosyasında hacze konu edilen Çorlu 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 15.02.2001 tarih ve E:2010/233E, K:2011/68 sayılı ilamıyla borçlu belediyeye iadesine karar verilen harç tutarının, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü tarafından takip konusu edilen ilamın, sadece “karar ve temyiz peşin harcının ödenmesinde kullanılmak” üzere gönderilen bir tutar olduğu ve bu paranın borçluya “sonrasında bakanlığa iade edilmek koşuluyla” verildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Anılan harç bedeli, Maliye Bakanlığı'nın bütçesinden gönderilen yardım niteliğinde olup, bu özelliği gereği doğrudan kamu hizmetine tahsis edilmiş bir paradır ve dolayısıyla da devlet malıdır. Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesi kararı ile borçluya iadesine karar verildikten sonra, borçlu belediye tarafından bu tutarın bir kısmının başka amaçlarla kullanılması (sözgelimi vekalet ücretinin ödenmesinde kullanılması) anılan paranın haczedilmezlik özelliğini değiştirmez. Bu bakımdan, bu para İİK'nun 82/1, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15 /son maddeleri uyarınca haczedilemez...” Yarg. HGK 20.3.2013T,*

Bu kısımda Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda üzerinde durulması gereken husus; devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin düzenlemelerin gerçek bir istisna teşkil edip etmeyeceğidir. Zira genel olarak haczedilmezliğe ilişkin düzenlemeler, hangi hukukî kural veya kuruma hizmet ederse etsin, nihayetinde alacaklının alacağına tam olarak kavuşmasına engel olmakta, diğer bir ifadeyle, alacaklı hukukî bakımdan tam olarak tatmin ol(a)mamaktadır.

Konumuz açısından ele alındığında ise; devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin düzenlemelerin kural değil, istisna teşkil ettiğini ve bu konuda açık ve kesin bir kanunî düzenleme olmadıkça alacaklının alacak hakkını elde etmesinin engellenmesinin, anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına geleceğini ifade etmek gerekir⁴³. Zira adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak hak arama özgürlüğü,

2012/12-718E, 2013/388K sayılı kararın tamamı için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 01.02.2016.

⁴³ "... Özel yasalarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar da devlet malı olmamakla birlikte haczedilemez..." Yarg. HGK 23.1.2008T, 2008/12-50E, 2008/8K; "... Haczedilmezlik kuralının, gerek uluslararası karşılaştırmalı hukuka gerek öğretide, gerekse son yıllarda geliştirilen Anayasa Mahkemesi ve yargısal görüşlerde sınırlandırılması gerektiği ve bu düzenlemenin son derece ayırksal (istisnai) durumlarda söz konusu olması gerektiği bu bağlamda bir kamu tüzel kişinin mal ve gelirlerinin haczedilmemesi için özel yasasında açık hükmün bulunması gerektiği, aslolanın her özel ve tüzel kişinin borcunu zamanında ödemesi olduğu, bunun gerek hukuk devleti ve hak arama özgürlüğünün gerekse de ekonomik ve sosyal hayatın bir sarsıntıya uğramadan devamının sağlanmasının gereği olduğu..." Yarg. HGK 26.2.2003T, 2003/12-116E, 2003/111K; "... Eğer bir mal " Devlet malı" (1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu madde 2, 4081 sayılı Çiftçi Mallarını Koruma Hakkındaki Kanun madde 22, 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanunu madde 20, 442 sayılı Köy Kanunu madde 8, 1580 sayılı Belediyeler Kanunu madde 19, 580 sayılı Milli Prodüktive Merkezi Kuruluş Kanunu madde 15, 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanunu madde 17 vs.) deyimi içine girmiyor ve özel kanunda haciz işlemi engelleyen (2510 sayılı İskan Kanunu madde 16/f, madde 30, 6245 sayılı Harcırah Kanunu madde 61, 3213 sayılı Maden Kanunu madde 40, 6831 sayılı Orman Kanunu madde 31, VI.; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 61, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu madde 121, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu madde 67, 775 sayılı Gecekondu Kanunu madde 34/e vs.) açık bir hüküm yok ise o mal haczedilir demektir..." Yarg. HGK 25.12.2002T, 2002/12-1101E, 2002/1113 K sayılı kararlarının tamamı için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 01.02.2016.

mahkeme tarafından verilen hükmün yanı sıra hükmün icrasını da temin etmektedir⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan "... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ibaresi, Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen kararda belirtildiği üzere, belediyenin borçlarının tahsilini neredeyse imkansız kılan bir düzenlemedir. Zira İİK'nun 82. maddesinin ve Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin dokuzuncu fıkrası ile zaten belediyenin "devlet malı" niteliğinde olan malları haciz işlemine karşı koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla belirtilen bu kanunî düzenlemeler ile alacaklı, alacağını elde edebilmek bakımından belediye karşısında zaten korunmasız durumda iken, bir de borçlunun borcunu rızasıyla ifa etmemesi üzerine cebrî icra yoluyla elde etmeye çalışan alacaklı için, haciz işleminin kapsamının borçlunun iradesine bırakılması icra hukuku bakımından menfaat dengesinin bozulmasına⁴⁵ sebep olacaktır.

V. TAKİP HUKUKUNA İLİŞKİN KURALLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi "*15 inci maddenin son fıkrası hükümleri, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizler, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılır.*" hükmünü içeren 6552 sayılı Kanun'un 123. maddesiyle eklenen 5393

⁴⁴ Sezin Aktepe Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 166.; Devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin düzenlemelerin kabulünün kamu hizmetlerinin aksatılmaması nedeniyle de olsa, bireyin icra hukukuyla korunan mülkiyet hakkının özünü zedelediğine ilişkin olarak bkz. Yıldırım/Yıldırım, s. 153.; Ayrıca devlet mallarının haczedilmezliği kuralının, Anayasa'daki hukuk devleti ilkesine, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi pek çok hakka aykırı olduğuna ilişkin olarak bkz. Aktepe-Artık, s. 165.

⁴⁵ Örneğin; İİK'nun 68/b ve m. 150/1 maddelerinin borçlu ile alacaklı arasında gözetilmesi gereken dengeyi ortadan kaldırdığını ve bu tür düzenlemelerin adil yargılanma, hukukî dinlenilme hakkı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, ölçülülük ilkesiyle de bağdaşmadığına ilişkin olarak bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s. 58.

sayılı Belediye Kanunu'nun geçici 8. maddesini Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi belirtilen hükmü iptal ederken öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine yollamada bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre; hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri hukuk güvenliği ilkesidir ve kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukukî sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. "*Kanunların geriye yürütmezliği ilkesi*"⁴⁶ uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, malî hakların iyileştirilmesi gibi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindedir. Ancak, kanun koyucunun kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesi, iptali talep edilen Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrası hükmünün, devam eden her türlü icra takibi hakkında da uygulanmasını içeren Belediye Kanunu'nun geçici 8. maddesinin, yürürlüğe girdiği tarih olan 11.9.2014 tarihinden önce belediyeler aleyhine yapılmış icra takipleri gereğince konulan hacizlerin kaldırılmasına yol açtığına ve kesinleşmiş haciz kararına karşın alacaklıların haklarına kavuşmalarını engellediğine vurgu yapmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde; belirtilen hükmün, belediyelerin hizmet görme kapasitelerinin kısıtlanmasına yol açmasını engellemek için çıkarıldığının anlaşıldığı; fakat Kanun'un 15. maddesinin son fıkrası hükmünün devam eden her türlü icra takiplerinde

⁴⁶ "*Kanunların geriye yürütmezliği ilkesi*" ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (6. Tıpkı Baskı), Ankara 2012, s. 151.; Mehmet Ayan, Medenî Hukuka Giriş (9. Tıpkı Baskı) , Konya 2013, s. 68-72.; A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (36. Bası), Ankara 2014, s. 72-73.; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası), Ankara 2012, s. 119-120.; Rona Serozan, Medenî Hukuk-Genel Bölüm Kişiler Hukuku (4. Bası), İstanbul 2013, s. 186-188.

uygulanması ve bu maddenin yürürlük tarihinden önce belediye aleyhine yapılmış olan icra takipleri gereğince konulan hacizlerin kaldırılmasının, kişilerin alacaklarının tahsilini geciktireceği ya da alamamalarına neden olabileceğinden hukuka olan güven duygusunu zedelediği ve hukuk güvenliği ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir.

Pozitif bir hukuk metni olarak kanunların zaman bakımından uygulanabilmesi için, yürürlüğe girmesi gerekir⁴⁷. Yürürlüğe giren ve uygulanmakta olan kanunî düzenlemelerde zamanla yasama organının tasarrufu veya yargısal kararlar⁴⁸ sonucunda bir kısım değişiklikler meydana gelebilir. Böylece mevcut uyuşmazlıklara önceki kanunî düzenlemenin mi yoksa yeni kanunî düzenlemenin mi uygulanacağı sorunu ortaya çıkar. Nitekim kanunların zaman bakımından uygulanması sorunu esas olarak kanunların yürürlüğe girmesi ve yürürlükten kalkması ile ilgilidir⁴⁹. Hukukumuzda maddî hukuka ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanması⁵⁰, uyuşmazlığı oluşturan vakıaların doğduğu tarihe göre belirlenirken, usûl hukukuna ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanmasında ise, derhal uygulanma ilkesi⁵¹ gereğince, yeni yürürlüğe giren kurallar devam eden yargılamada geçerli olacaktır⁵².

⁴⁷ Sema Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 47.

⁴⁸ Hukukumuzda Kanunların, Anayasa'ya uygunluğun denetimi, Anayasa'nın " Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz..." hükmünü içeren 148. maddesinin birinci fıkrası gereğince Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Örneğin; HMK'nun 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.2012T ve 2011/35E, 2012/23K sayılı kararı ile yürürlükten kalktığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpınar-Ayvaz, s. 49, 215-216.

⁴⁹ İbrahim Özbay, "Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11., Özel Sayı 2009, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010, s. 779-811, s.781.; Taşpınar-Ayvaz, s. 40

⁵⁰ "Yasalar, kural olarak, yürürlükte buldukları dönem içinde ortaya çıkan olay ve ilişkilere uygulanır. Bu kural genel olarak, hem özel hukuk, hem kamu hukuku için geçerlidir." Gözübüyük, s. 69.

⁵¹ Derhal uygulanma ilkesi ile ilgili olarak bkz. Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 170.

⁵² Özbay, s. 781.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (3. Bası), Ankara 2015, s.53-54.; Ayrıca hukukumuzda kamu

Takip hukuku veya cebrî icra hukuku, maddî hukuktan kaynaklanan taleplerin devletin yetkili organları aracılığıyla gerçekleştirilmesini sağlayan kuralların düzenlendiği hukuk dalıdır⁵³. Tanımdan da anlaşılacağı üzere takip hukukunu, maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleşmesine hizmet eden bir hukuk dalı, medenî usûl hukukunun doğal bir uzantısı, onun tamamlayıcısı olarak ifade etmek mümkündür⁵⁴. O halde takip hukukuna ilişkin kurallar bakımından usûl hukuku kurallarında olduğu gibi⁵⁵ derhal uygulanma ilkesi geçerli olacak; yeni kural yürürlüğe girdiğinde derdest takiplere uygulanabilecektir⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının konusunu oluşturan Belediye Kanunu'nun geçici 8. maddesinin "*15 inci maddenin son fıkrası hükümleri, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizler, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılır.*" hükmünü incelediğimizde ise, belirtilen düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen işlemlere de uygulandığını, diğer bir ifadeyle takip hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasında geçerli olan derhal uygulanma ilkesine aykırı bir şekilde, yürürlüğe giren yeni kuralın geçmişe yürütüldüğünü ifade edebiliriz. Şöyle ki; maddenin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, kesinleşerek haciz aşamasına gelen ve hatta haciz işlemin de tamamlandığı bir takipte, yeni bir kanunî düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile tamamlanmış haciz işlemin sonuçlarının ortadan kalkması, derhal uygulanma ilkesi ile bağdaşmaz. Zira derhal uygulanma ilkesi gereğince, yeni bir usûl hukuku kuralı yürürlüğe girdiğinde, dikkat edilmesi gereken husus, ilgili usûl

hukuku, özel hukuk ve usûl hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması konusunda ayrıntılı olarak bkz. Muhammet Özkes, "Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2859-2875, s. 2871; Taşpınar-Ayvaz, s. 90-134.

⁵³ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s. 44.

⁵⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s. 64.

⁵⁵ 1086 sayılı HUMK'nun "*İşbu kanun müktesep hakları ihlâl etmemek şartıyla makabline şamildir. Bu kanunda tayin edilmiş olan müddetler içinde istimal edilmeyen haklar artık istimal olunamaz. Şu kadar ki henüz müddeti içinde bulunan alakadar, bu kanunun neşri gününden itibaren bu kanundaki müddetler içinde haklarını istimal edebilir.*" hükmünü içeren 578. maddesi gereğince medenî usûl hukukuna ilişkin kuralların geçmişe yürüyebileceği ile ilgili öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Taşpınar-Ayvaz, s. 119-125.

⁵⁶ Özbay, s. 782-783.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 54.; Taşpınar-Ayvaz, s. 86.

işleminin tamamlanıp tamamlanmadığıdır⁵⁷. Eğer bir işlem önceki kanun yürürlükte iken yapılmış ve sonuçlarını doğurmuşsa, tamamlanmış işlem söz konusu olur ve bir işlem tamamlandıktan sonra yeni kural yürürlüğe girse bile, tamamlanmış işlem geçerliğini sürdürecektir. Diğer bir ifadeyle yeni kural, tamamlanmış işlemi etkilemeyecektir⁵⁸. Oysaki hukukumuzda -kural olarak- yürürlüğe giren bir kanunun yürürlüğe girmeden önceki olay ve durumlara uygulanmaması anlamına gelen geçmişe uygulanma yasağı⁵⁹ gerek öğreti gerekse Anayasa Mahkemesi kararları ile kabul edilmiştir⁶⁰.

Kanunların geçmişe uygulanmamasının temelleri, Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'da açıkça yer almamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla hukuk devletinin birer unsuru olarak kabul edilen hukukî güvenlik ve kazanılmış hakların korunması ilkelerine dayanmaktadır⁶¹. Hukukî güvenlik ilkesi uyarınca bireylerin, iş ve eylemlerinde devletin kanunî düzenlemelerine güven duyabilmesi ve devletin de bu kanunlara güvenerek iş ve eylemlerde bulunan bireylerde oluşan kanunların uygulanmasına devam edileceği yönündeki güveni zedeleyen tasarruflardan kaçınması gerekir⁶². Hukukumuzda öğretideki görüşlere ve yargı kararlarına⁶³ göre kazanılmış hak kavramı ise, hukuka

⁵⁷ Özbay, s. 783.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 55.

⁵⁸ Özbay, s. 783.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 55.; Taşpınar-Ayvaz, s. 86.

⁵⁹ Gözübüyük, s. 72-73.; Taşpınar-Ayvaz, s. 60.

⁶⁰ Taşpınar-Ayvaz, s. 67.; "...Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik, kural olarak yasaların geriye yürümemesini gerekli kılar. Yasalar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar..." 5.3.2009T, 2008/92E-2009/45K 5 sayılı (RG: 30.05.2009T -27243S.; "...Ancak vergilerin yasayla getirilmesi yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi geçmişe yürümemesi, önceden bilinebilme özelliği bulunması ve hukuki güvenlik ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir..." 23.7.2003T, 2003/48E-2003/76K sayılı (RG: 11.9.2004T-25580S)) Anayasa Mahkemesi kararlarının tam metnine ulaşmak için ayrıca bkz. Kazancı Mevzuat ve İchtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 24.04.2015.

⁶¹ Gözübüyük, s. 73.; Taşpınar-Ayvaz, s. 69-84.

⁶² Taşpınar-Ayvaz, s. 79.

⁶³ "... Yapılacak iş; taraflar yararına oluşan kazanılmış haklar dikkate alınarak, muhtemel yaşama süresinin PMF 1931 tablosuna göre tespit edilerek maddi zarar hesabı yaptırılması ve çıkacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir..." Yarg. 21.HD, 8.3.2016T, 2015/8807E, 2016/3789K ; "...Uyuşmazlığa konu bu olayda hukuksal ve

uygun olarak tamamlanmış, kesinleşmiş ve bütün sonuçlarıyla elde edilmiş bir hakkın sonradan yürürlüğe girecek kanunî düzenleme ile değiştirilememesini ifade eder⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan Belediye Kanunu'nun geçici 8. maddesi, tamamlanmış, etki ve sonuçlarını doğurmuş işlemlere karşı, yürürlüğe giren yeni bir kanunî düzenlemenin uygulanmasına izin vererek, takip hukukuna ilişkin kurallar bakımından geçmişe uygulanma yasağını ihlâl etmektedir. Şöyle ki; önceki kanunî düzenleme zamanında kesinleşen icra takipleri neticesinde, icra organları aracılığıyla haciz işlemini yaptırmış ve işlemin hukukî sonuçlarını - haczedilen malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi hakkını- elde etmiş alacaklının alacağına kavuşmasının, yürürlüğe giren yeni bir kanunî düzenleme ile engellenmesinin Anayasa'nın temel ilkelerinden biri olan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemenin yerinde olduğu kanısındayız.

maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kuralları uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bir kazanılmış hak söz konusu değildir. "İşkolu Tespitine" ilişkin işlemlerin kamu düzenine dair olması sebebiyle ihtilafa uygulanması gerekmektedir..." Yarg. 9. HD, 2.2.2016T, 2016/421E, 2016/2359K; "...Kural olarak, 1479 Sayılı Kanunda yapılan bu değişiklikler, değişiklikten önceki madde hükümlerinin öngördüğü koşullara sahip sigortalıların sigortalılıklarını sonlandırıcı etkiye sahip olmayıp, bu kişilerin sigortalılık nitelikleri geçerliliklerini korumaktadır ve anılan düzenlemeler, yürürlük tarihinden itibaren sigortalılık niteliği kazananlar yönünden kayıt ve koşullar içermektedir. Başka bir anlatımla, yeni düzenlemeler, değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihlerden sonra ilk kez kayıt ve tescil edilecekler için uygulanmalıdır ki, buna aykırı bir düşünce, yasaca ve hukukça kabulü olanaksız olan kazanılmış hakları ortadan kaldırmak niteliğindedir..."28.1.2016T, 2015/7744E, 2016/1079K sayılı kararlarının tamamı için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), erişim tarihi: 24.04.2016.

⁶⁴ Taşpınar-Ayvaz, s. 81-84.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.2015 tarihli ve 2014/194 E, 2015/55 K sayılı iptal kararına konu olan 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun belirtilen hükümleri, icra hukuku bakımından Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına dayanak gösterdiği gerekçeler dikkate alınarak incelenmiştir.

Buna göre; Anayasa Mahkemesi tarafından iptal talebi reddedilen "*On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak ... şekilde yapılamaz*" şeklindeki hükmün, esasen İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasının tekrarı niteliğinde olduğundan icra hukukunda belirlilik ilkesi gereğince Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal talebi reddedilen "*İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir.*" şeklindeki hüküm, İcra ve İflâs Kanununun 74. maddesinde bulunan mal beyanında bulunma yükümlülüğü ile benzer bir nitelik taşımaktadır ve belirtilen düzenleme devlet mallarının haczedilmezliği" ilkesi ile birlikte, kamu tüzel kişiliğine sahip yerel bir idare organı olarak belediyenin bir kısım malvarlığı değerlerinin icra takip süreci içerisinde özel olarak korunmasını sağlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ibaresi, haciz işlemini yalnızca borçlu tarafından gösterilen mal ile sınırlandırması sebebiyle, cebri icraya ilişkin genel hükümlerin yer aldığı bir kanun olan İcra ve İflâs Kanunu'na aykırıdır. Ayrıca belirtilen hüküm hem alacaklının alacak hakkına kavuşmasına engel olması bakımından Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğü ile 35. maddede düzenlenen mülkiyet hakkına hem de icra hukukunun temel ilkelerinden biri olan ölçülülük ilkesine de aykırıdır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ibaresi, belediyenin borçlarının tahsilini neredeyse imkansız kılan bir düzenlemedir. Zira belirtilen hüküm ile birlikte, devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin koruma sayesinde belediye karşısında zaten güçsüz durumda olan alacaklı aleyhine menfaat dengesi bozulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "15 inci maddenin son fıkrası hükümleri, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizler, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılır." hükmü takip hukukuna ilişkin kuralların derhal uygulanması ilkesine ve geçmişe uygulanma yasağına aykırı olup, Anayasa'nın temel ilkelerinden biri olan hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Artikel
AY	: Anayasa
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
Rn.	: Randnummer
S.	: sayı
SchKG	: Schuldbetreibungs und Konkursgesetz
s.	: sayfa
Yarg.	: Yargıtay
ZPO	: Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

Akkaya, Tolga: "İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11., Özel Sayı 2009, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010, s. 845-866.

- Aktepe Artık, Sezin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, (6. Tıpkı Baskı), Ankara 2012.
- Ayan, Mehmet: Medenî Hukuka Giriş (9. Tıpkı Baskı) , Konya 2013.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Zwangsvollstreckungsrecht (10. neu bearbeitete Auflage), München 2014.
- Ercan, Hasan: İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Mal Beyanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.
- Eren, Fikret : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı), Ankara 2014.
- Gottwald, Uwe: Zwangsvollstreckung Kommentar zu den §§704-915h ZPO mit Antrags-und Klagemustern für die Rechtspraxis (5.,überarbeitere und ergänzte Auflage), Berlin 2005.
- Gözübüyük, A. Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (36. Bası), Ankara 2014.
- Hunkeler, Daniel: Schuldbetreibungs und Konkursgesetz-Kurzkommentar (2. Auflage), Basel 2014.
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr).
- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 16. Bası), Ankara 2012.
- Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Hans-Joachim: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung (ZPO/ZVG/Nebengesetze/Europäische Regelungen/Kosten Handkommentar 2. Auflage), Baden 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip /Hatemi, Hüseyin /Serozan, Rona /Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt: "Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme" (5. Basıdan Tıpkı 6. Bası), İstanbul 2014.
- Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016.

- Kuru, Baki: "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", Makaleler, İstanbul 2006. (Makaleler)
- Muşul, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku Cilt 1 (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı), Ankara 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (Gözden Geçirilmiş 11. Bası), İstanbul 2013.
- Özbay, İbrahim: "Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11., Özel Sayı 2009, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010, s. 779-811.
- Özbek, Mustafa Serdar: "İcra ve İflâs Kanununda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlali Halinde Öngörülen Tazyik Hapsi Ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 2447-2511.
- Özekes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özekes, Muhammet: "Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2859-2875.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası), Ankara 2012.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz /Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı 2. Bası, Ankara 2015.
- Pekcanitez, Hakan /Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (3. Bası), Ankara 2015.
- Postacıoğlu, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları (538 Sayılı Kanun Gözönünde Tutularak Yazılan 4. Bası), İstanbul 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer: İcra Hukuku Esasları (Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası), İstanbul 2010.

- Serozan, Rona: Medenî Hukuk-Genel Bölüm Kişiler Hukuku (4. Bası), İstanbul 2013.
- Taşpınar Ayvaz, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.
- Tuhr, Andreas von: Borçlar Hukuku 1. Cilt (Tercüme Eden Avukat Cevat Edage), İstanbul 1952.
- Uyar, Talih /Uyar, Cüneyt/ Uyar, Alper: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi Cilt 1: İİK. 1-82 (Genişletilmiş 3. Baskı Yeniden Yazılmış), Ankara 2014, s. 1486.
- Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1990.
- Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: İcra Hukuku (Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 5. Baskı), İstanbul 2012.

TÜRK HUKUKU'NDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

*Alper UYUMAZ**
*Yasemin AVCI***

ÖZET

Gebeliğin sonlandırılması diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuku'nda da tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar daha çok kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı ile henüz kişiliğini kazanmamış ceninin geleceğe dönük yaşama umudunun çatışması hâlinde hangi çıkarın üstün tutulacağına ilişkindir. Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılması, *Nüfus Planlaması Hakkında Kanun*'da, bu kanuna dayanılarak çıkarılmış *Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*'te ve *Türk Ceza Kanunu*'nda düzenlenmiştir. Bu hükümlerle gebeliğin isteyerek sonlandırılması, sorunlu gebelikler açısından gebeliğin sonlandırılması, cinsel saldırı hâlinde gebeliğin sonlandırılması ve gebeliğin sonlandırılması için aranan iznin alınacağı kişiler ve iznin alınma usulü düzenlenmiştir. Bu çalışmada, düzenlenen bu hükümlerin kapsamı, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına nasıl sınırlamalar getirildiği ve bu hükümlerin uygulanabilirliği hususu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ise, cinsel saldırı hâlinde gebeliğin sonlandırılması hükümleri dışında değinilmemiştir.

Anahtar Kelimeler: *Gebeliğin Sonlandırılması, Kürtaj, Ceninin Yaşama Hakkı, Kadının Kendi Bedeni Üzerinde Karar Verme Hakkı, Gebeliğin Sonlandırılmasında Aydınlatılmış Rıza.*

TERMINATION OF PREGNANCY IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Termination of pregnancy has led to debate in Turkish Law as in other law systems. These discussions are about which would be superior in case of conflict the women's right to decide over her own body and the future life prospects of winning the fetus does not have the personality. In Turkish Law, termination of pregnancy has edited in the Code of Population Planning, issued on the basis of this law Termination of Pregnancy and Sterilization Service and the Regulation on the Implementation of Supervised and organized the Turkish Penal Code. Requesting termination of pregnancy with these provisions,

* Yrd. Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Arş. Gör. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

termination of pregnancy in terms of problematic pregnancy, termination of pregnancy in case of sexual assault and procedures the person receiving the permit and the permit will be sought for the termination of pregnancy is regulated. In this study, the scope of these provisions are organized, how to be brought to the limitations women's rights to decide over her own body and was trying to put forward concerning the applicability of these provisions. Miscarrying and to make miscarry to someone held in the Turkish Penal Code the offense, termination of pregnancy is not addressed except for the provisions in the sexual assault case.

Keywords: *Termination of Pregnancy, Abortion, The Right to Life of Fetus, The Woman's Decision Making Rights on Her Own Body, Informed Consent for Pregnancy Termination.*

I. GİRİŞ

Gebeliğin sonlandırılması, insanlık tarihi boyunca tıp, hukuk, din, etik gibi pek çok alanda tartışılmalıdır. Eski Yunan uygarlığındaki Hipokrat Andı'nın ilk hâlinde, hekimlerin "bir gebe kadına çocuk düşürmek amacıyla yardım etmemek için" yemin ettikleri bilinmektedir¹. Ancak, gebeliğin sonlandırılması yalnızca hekimlerin yardımıyla gerçekleştirilmediği için gebeliğin sonlandırılması sorunu tarihin her döneminde insanlığı meşgul etmiştir².

Dünya Sağlık Örgütü (WHO)'ne göre dünyada her yıl yaklaşık olarak kırk altı milyon gebelik isteyerek sonlandırılmaktadır. Gebeliği isteyerek sonlandıran kadınların yüzde yirmi beşi ise, isteyerek gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmediği veya yalnızca kadının yaşamının tehlikede olduğu durumlarda izin verildiği ülkelerde yaşamaktadır³. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yaklaşımlar ırksal, ekonomik, siyasî, tıbbî veya dinî sebeplerle farklılık gösterebilmektedir.

Gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanması, gebeliğin güvenli olmayan şekilde sonlandırılması yoluna başvurulmasına, bu da kadın ölümlerine neden olduğu için gebeliğin sonlandırılması öncelikle Batı toplum-

¹ Çokar, Muhtar. (2008). *Kürtaj*. İstanbul: Babil Yayıncılık, s. 11. Hipokrat Andı'nın özgün metni için bkz., https://tr.wikipedia.org/wiki/Hipokrat_Yemini, 26 Temmuz 2015 tarihinde erişildi.

² Güney Tunalı, Işıl. (2015). *Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebelik Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, s. 13; Çokar, Muhtar, Kürtaj, s. 11.

³ Bkz., Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği (TJOD), Kürtaj Raporu, 15 Temmuz 2015 tarihinde <http://www.tjod.org/turk-jinekoloji-ve-obstetrik-derneği-tjod-kurtaj-raporu> adresinden erişildi.

larında, daha sonra ise gelişmekte olan ülkelerde kanunî bir hak olarak görülmeye başlanmıştır. Türkiye'de ise, 1983 yılında Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesi ile gebeliğin isteyerek sonlandırılmasına on haftaya kadar olan gebelikler açısından izin verilmiştir.

Günümüzde de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tartışmalar canlılığını korumaktadır. Gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi gerektiğini savunan görüşe göre⁴, kadın, kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına sahiptir ve gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanmasına dair düzenlemeler bu hakkın açıkça ihlâli niteliğindedir. Gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanması gerektiğini savunan görüşe göre⁵ ise, gebeliğin sonlandırılması, kadının bedeninde başlamış olan bir yaşama hakkına müdahale niteliğini taşır. Şüphesiz bu tartışmalar, ceninin kişiliğini, dolayısıyla yaşama hakkını ne zaman kazanacağı ve annenin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı ile ceninin geleceğe dönük yaşama umudunun çatışması hâlinde hangisinin tercih edileceği sorularını beraberinde getirecektir.

Bu çalışmada gebeliğin sonlandırılması kapsamında ceninin hukukî durumu ve kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı açıklanarak buna ilişkin düzenlemelere değinilecek; Türk Hukuku'ndaki mevcut hukukî durum açısından gebeliğin sonlandırılması incelenecektir. Son olarak gebeliğin sonlandırılması açısından aydınlatılmış rızanın kapsamı ve önemi belirlenecektir.

II. CENİN KAVRAMI VE KADININ KENDİ BEDENİ ÜZERİNDE KARAR VERME HAKKI

A. CENİN KAVRAMI

1. Embriyo, Fetüs ve Cenin Kavramları

Yirmi üç kromozomlu erkek tohum hücresi (sperm) ile yirmi üç kromozomlu dişi tohum hücresi (yumurta) döllendikten sonra kırk altı kromozomlu döllenmiş yumurta (zigot) ismi verilen tek hücre oluşur. Gebeliğin ilk sekiz haftasında bu döllenmiş yumurtaya embriyo⁶ denir.

⁴ Ürem, Müge. (2012). Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar, Sağlık Hukuku Makaleleri-II. 79-102. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 79-102, s. 88.

⁵ Çokar, Muhtar. İsteyerek Düşük Yapmak-Tıp Etiği ve Yasalar, 25 Haziran 2015 tarihinde http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm adresinden erişildi, s. 2.

⁶ Embriyo, yumurtadan meydana gelen, yumurta zarı, yumurta kabuğu ile korunan ya da vücudun içinde bulunan ve gelişmenin erken evrelerinde olan genç organizma şeklinde de tanımlanabilir. Bkz.,

Gebeliğin sekizinci haftasından sonra anne karnındaki canlıyı besleyen organ tam olarak işlevine başladığı için embriyo artık, fetüs⁷ adını alır. Cenin ise fetüs ile aynı anlama gelmekle birlikte aslında terminolojik olarak cenin, embriyonun tüm organları oluştuktan sonraki aldığı addır⁸. Bu çalışmada ise yaygın kullanım nedeniyle ve kavram birliğinin sağlanması amacıyla cenin kavramı tercih edilmiştir.

Gerek Türk Ceza Kanunu'nda⁹ gerek Türk Medenî Kanunu'nda¹⁰ cenine ait bir tanım bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu 99 uncu maddesinde çocuk düşürtme ve 100 üncü maddesinde çocuk düşürme suçları düzenlenmiştir. Çocuk ise Türk Ceza Kanunu'nun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının “b” bendine göre on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Ancak, bahsi geçen hükümlerde, çocuk ifadesinden on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin değil, ceninin anlaşılması gerekmektedir¹¹.

2. Ceninin Hukukî Durumu

Türk Medenî Kanunu'nun 28 inci maddesine göre "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder*". Hükümden de anlaşıldığı üzere kişiliğin kazanılması sağ ve tam doğum olmak üzere iki şarta bağlanmıştır. Sağ doğum, öğretide hâkim olan görüşe göre¹² çocuğun anne bedeninden sağ olarak ayrılması

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelime=esc=111687, 14 Temmuz 2015 tarihinde erişildi.

⁷ Aynı anlama gelen *dölüt* kavramının tanımı için bkz..http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=CEN%C4%B0N, 14 Temmuz 2015 tarihinde erişildi. Ayrıca bkz., **Gülşen**, Recep. (2008). Hekimlerin Çocuk Düşürtmede (Kürtaj) Oluşan Cezaî Sorumluluğu, 7-8 Kasım II. Sağlık Hukuku Kurultayı. 183-200, s. 183.

⁸ **Gençcan**, Ömer Uğur. (2008). Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukukî Sorumluluğu, 7-8 Kasım II. Sağlık Hukuku Kurultayı. 201-211, s. 202; **Dölen**, İsmail. (2013). Tıbbî Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir? 1-2 Kasım V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 35-40.s. 35; **Üye**, Müslüme. (2014). Ceninin (Fetüsün) Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının Korunması, 1-2 Kasım V. Sağlık Hukuku Kurultayı. 41-58, s. 41.

⁹ RG., 12.10.2004, S. 25611.

¹⁰ RG., 8.12.2001, S. 24607.

¹¹ **Gençcan**, s. 202.

¹² **Oğuzman**, M. Kemal, **Seliçi**, Özer, **Oktay-Özdemir**, Saibe. (2014). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler* (14. bs.). İstanbul: Filiz Kitapevi, s. 10; **Ayan**, Mehmet, **Ayan**, Nürşen. (2014). *Kişiler Hukuku* (6.bs.). Konya: Mimoza Yayınevi, s. 21; **Dural**, Musta-

ve bir an bile olsa yaşamasını ifade eder. Tam doğum ise çocuğun anneden tamamen ayrılmasını ve bağımsız varlık kazanmasını ifade eder. Tam doğum için göbek kordonunun ayrılmasının gerekip gerekmediği konusunda görüş birliği bulunmamakla birlikte, hâkim görüşe göre¹³, göbek kordonunun kesilerek bebeğin anneden ayrılmış olması gerekli değildir. Kişiliğin kazanılması için sağ ve tam doğum yeterlidir, yoksa çocuğun yaşama yeteneğine sahip olması veya insan görünümünde olması aranmaz¹⁴. Aynı şekilde ceninin ana rahmine yerleşme biçimi önem taşımayıp, bu doğal yolla olabileceği gibi yapay yolla da olabilir.

Kişilik çocuğun tam ve sağ doğumuyla başlasa da kanunkoyucu, cenine özel önem atfetmiştir. Medenî Kanun'un 28 inci maddesinin ikinci fıkrasında da belirtildiği üzere çocuk hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır. Çocuğun ana rahmine düştüğü an cinsel ilişki anı değil, kadının gebe kaldığı andır¹⁵. Ceninin hak ehliyetini kazanması sağ doğma şartına bağlandığı için öğretide çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre¹⁶, bu şart geciktirici şart niteliğindedir. Ceninin kişilik kazanması sağ ve tam doğuma bağlı olduğu için, ceninin haklarını kanunî temsilci aracılığıyla kullanması söz konusu olmaz. Ancak, bazı durumlarda ceninin haklarının korumak amacıyla vesayet makamı tarafından kayyım atanabilir. Evlilik dışında ana rahmine düşmüş

fa, **Öğüz**, Tufan. (2014). *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku* (15.bs.). İstanbul: Filiz Kitapevi, s. 17. Çocuğun ne zaman sağ doğmuş sayılacağı ile ilgili görüşler için ayrıca bkz., **Dural/ Öğüz**, s.17, 18.

¹³ **Zevkliler**, Aydın, **Havutçu**, Ayşe, **Gürpınar**, Damla. (2008). *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)* (6.bs.). Ankara: Turhan Kitapevi, s. 83; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 10; **Ayan/ Ayan**, s.21; **Dural/ Öğüz**, s. 17. Tam doğum için göbek kordonunun kesilmiş olması gerektiği yönündeki görüş için bkz., **Saymen**, Ferit H. (1960). *Türk Medeni Hukuku, C. II, Şahsın Hukuku* (2.bs.). İstanbul: Siyasal Bilgiler Fakültesi Kütüphanesi, s. 27.

¹⁴ **Üye**, s. 43; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 12; **Ayan/ Ayan**, s. 22; **Dural/ Öğüz**, s. 1 **Özsunay**, Ergun. (1979). *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu* (4.bs.). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 15.

¹⁵ **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 13 vd.; **Dural/ Öğüz**, s. 20; **Üye**, s. 45, **Saymen**, s. 30; **Özsunay**, s. 17.

¹⁶ **Alışbah Tuskan**, Aydeniz. (2012). Türk Medeni Kanunu Kapsamında Cenin Hak ve Fiil Ehliyeti ve Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul*. 15-20, s. 16; **Dural/ Öğüz**, s. 21; **Ayan/ Ayan**, s. 23; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 15, 16; **Zevkliler/ Havutçu/ Gürpınar**, s. 84; **Özsunay**, s. 20.

çocuğun babalık davası açabilmesi için evlilik dışı ana rahmine düşen çocuğa kayyım atanması bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁷.

3. Ceninin Kişilik Haklarının Korunması

Anayasa'nın 17 inci maddesinde düzenlenen yaşama hakkı kişinin sahip olduğu en temel haktır. Gebeliği sonlandırma hakkıyla bağlantılı olarak ceninin yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı cenin için büyük önem arz eder. Gebeliğin sonlandırılmasıyla ceninin yaşama hakkının ve vücut bütünlüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi adına öncelikle cenine hak ehliyeti olmasa da özel bir kişilik hakkının tanınıp tanınmayacağı, tanınırsa hangi aşamada tanınacağı hakkında Türk Medenî Kanunu'nda hüküm yoktur. Bu nedenle, tıbbî açıdan yaşamın başlangıcına dair bazı görüşlere değinilmesi gerekirse; bir görüşe göre¹⁸, döllenme anından başlayarak insan yaşamı başlar. Başka bir görüşe göre¹⁹, ovum (yumurta) ve sperm zaten canlıdır dolayısıyla burada yaşam hep devam etmektedir. Diğer bir görüşe göre²⁰, rahim duvarına tutunma anı yaşamın başlangıcıdır. Bir diğer görüşe göre²¹, embriyonun insana özgü bazı ayırıcı fiziksel özellikleri kazandığı an yaşamın başlangıcı olarak kabul edilirken, son bir görüş²², kadının rahmindeki fetüsün hareketlerini hissetmesini yaşamın başlangıcı olarak kabul etmektedir²³.

Hukukî açıdan yaşamın başlangıcına dair görüşlere değinilmesi gerekirse; bir görüşe göre²⁴, cenine, yaşama hakkının doğumdan değil ana rahmine düşme anından itibaren tanınması gerekir. Bu görüş kabul edilirse ceninin hayatına ancak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâllerde son

¹⁷ Dural/ Ögüz, s. 22.

¹⁸ Öztürk, Hafize. (1997). *Abortus ve Etik Sorunlar, Etik Bunun Neresinde*. Ankara: Ankara Tabip Odası Yayınları, s. 77.

¹⁹ Görkey, Şefik. (2001). Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar, *Medikal Etik: Doğum ve Ölüm Süreçleri ve Yaşamın Anlamı*. 80-104, s. 88.

²⁰ Aksoy, Şahin. (2012). Kürtaj Sadece Tıbbî Bir Karar Olabilir mi? *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. (24), 6-9, s. 8.

²¹ Aksoy, s. 8.

²² Aciduman, Ahmet. (2014). Tıp Etiği Açısından Kürtaj. *1-2 Kasım 2013 V. Sağlık Hukuku Kurultayı*. 17-34, s. 20.

²³ Bkz., Aciduman, s. 21, 22. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2 nci maddesinde belirtilen "herkes" kavramının cenini kapsayıp kapsamadığına dair açıklama için bkz., Bahadır, Oktay. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınları. s. 19.

²⁴ Hatemi, Hüseyin, Kalkan Oğuztürk, Burcu. (2014). *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Vedat Yayınevi, s. 11.

verilebilir. Bir başka görüşe göre²⁵ ise, ceninin kişilik haklarını sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanacağını, dolayısıyla doğumdan önce kişiliğin korunmasına ilişkin bir yol olmadığını savunmaktadır. Daha tutarlı olan son görüşe göre²⁶ ise, gebeliği sonlandırma hakkının ve dolayısıyla ceninin yaşama hakkının kanunî düzenlemeler çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Kanun düzenlemelerde, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı, belirli şartlarla, henüz kişilik kazanmamış olan ceninin geleceğe dönük yaşama umuduna²⁷ üstün tutulmalıdır. Kanunî düzenlemenin kapsamı dışında kalan durumlarda ise ceninin yaşama hakkının bulunduğu ve korunması gerektiği, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının olmadığı savunulmalıdır.

B. KADININ KENDİ BEDENİ ÜZERİNDE KARAR VERME HAKKI

Kişilik hakkı, genel olarak kişinin kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak ve tekeli haklıdır. Beden bütünlüğü ise, istisnaî durumlar haricinde kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği mutlak haklardandır²⁸. Gebelik, kadının hayatını, vücudunu, beslenme alışkanlıklarını, hareket kabiliyetini, kariyer planlaması gibi diğer pek çok alanı etkilemektedir. İnsanların fizyolojik özellikleri dikkate alındığında sadece kadınların doğurgan olmaları, doğurma ve üreme yükünün büyük çoğunluğunun kadınların üzerine yüklenmesi, konunun kadınlar bakımından ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan, gebeliğin sonlandırılması, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme ve kendi geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı olarak kişilik haklarının içinde değerlendirilir²⁹. Üreme konu-

²⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 15, 16; Saymen, s. 31; Dural/ Ögüz, s. 21; Tek, Gülen Sinem. (2012). Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, *Sağlık Hukuku Makaleleri-II*. 103-130. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 109. Öztan'a göre, "şartın bozucu şart olduğu kabul edilirse, çocuk hak ehliyetine doğmadan önce sahip olacağı için yaşama hakkını ihlâl edebilecek kararlar verilemeyecektir. Örneğin, gebeliğin sonlandırılması kararı için cenine bir kayyım atanması gerekecektir" (bkz., Öztan, Bilge. (1993). *Şahsın Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, s. 14).

²⁶ Üye, s. 52.

²⁷ Dural/ Ögüz, s. 22; Dölen, s. 36; Ayan, s. 29, dn. 175.

²⁸ Ayan/ Ayan, s. 42.

²⁹ Güney Tunali, s. 21; Hakeri, Hakan. (2012). Tıp Hukukunda Kürtaj ve Sezeryan, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 46-55, s. 48. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme, 1973'de verdiği bir kararla gebeliğin sonlandırılmasının kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı kapsamında değerlendirildi-

sunda karar verme hakkı insanlık onuruna saygı, özgürlük, mahremiyet gibi birçok değeri korumaktadır ve bu nedenle, birçok ulusal ve uluslararası düzenlemelerle de benimsenmiş olup, üreme hakkının kapsamına bireyin sahip olacağı çocuk sayısı ve zamanlaması konusunda özgürce karar verebilmesi ve olanaklara sahip olabilmesi de dâhil edilmektedir³⁰. Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Türkiye'nin de 1985 yılında imzaladığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)'nin 12 nci maddesinde ve Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Türkiye'nin ise 1949 yılında imzaladığı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12 nci maddesinde belirtildiği üzere gebeliğin sonlandırılmasının engellenmek istenmesi kadının ürememe hakkının engellenmesi anlamına gelmektedir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne göre "*Taraf devletler kadınların doğurganlıklarının kontrolle ilgili uygun hizmetleri olmaması nedeniyle onların yasa dışı kürtaj gibi güvenilir olmayan tıbbî uygulamalar arayışına girmek zorunda kalmalarına engel olmalıdır*". Bu açıklamadan yola çıkarak Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne göre gebeliğin sonlandırılmasının suç olarak benimsendiği kanunların yapılmamasının gerektiği belirtilmektedir³¹. Aynı şekilde Kahire'de yapılan Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nda ve Pekin'de yapılan IV. Dünya Kadın Konferansı'nda da üreme hakkı bir kez daha vurgulanmış ve eylem planında yer almıştır³².

Cenin ana rahmine düştüğü andan doğana kadar annesinin bedeninde ve onunla bağlantılı bir şekilde yaşadığı için kadının bedeninden bağımsız düşünülemez. Doğuma kadar kadının bedeninin bir parçası olan ceninin geleceğine ilişkin kararların da anne tarafından verilir verilemeyeceği sorunu tartışmalara yol açmıştır. Hukuken henüz kişilik kazana-

rilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz., **Wolhandler**, Steven J. (1984). Voluntary Active Euthanasia for the Terminally III and the Constitutional Right to Privacy, *Cornell Law Review*. (69), 363-383, p. 369, 370.

³⁰ **Çokar**, Düşük, s. 18, 29; **Gençcan**, s. 202; **Ürem**, s. 89; **Çokar**, Kürtaj, s. 116, 136.

³¹ **Gören**, Mustafa Taner. (2012). Kürtaj Yasa Tasarısı ve Sezaryen Yasası Üzerine Tıbbi Ölümler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 103-125, s. 112.

³² **Moroğlu**, Nazan. (2012). Uluslararası Hukukta Kadın Vücut Bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 23-44, s. 27; **Akın**, Ayşe. (2010). Kadın Sağlığında Eşitsizlikler ve Toplumsal Cinsiyet, *13. Ulusal Halk Sağlığı Kongresi, İzmir*. 73-82, s. 73.

mamış olsa da alelade bir varlık da olmayan ceninin yaşama hakkına sahip olduğuna şüphe bulunmadığına göre, gebeliğin sonlandırılmasını isteyen kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkıyla ceninin yaşama hakkının çatışması sonucu kimin çıkarının üstün tutulacağına belirlenmesi gerekir³³. Bu durumda, bir görüşe göre³⁴, gebeliğin isteyerek sonlandırılması hâlinde ceninin hakları olan bir varlık olduğunun inkâr edilmesi ya da ceninin haklarının kadının haklarından daha düşük düzeyde olduğunun kabul edilmesi söz konusu olmaktadır. Diğer görüşe göre³⁵ ise, ceninin yaşama hakkı vardır, ancak başka bir canlının yaşama hakkının söz konusu olması kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkını sınırlandırmaz. Çünkü kimsenin bir başka kimseyi hayatta tutma adına büyük fedakârlıklar yapmaya zorunlu olmadığı savunulmaktadır.

Kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına dair üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkını sınırlandıran düzenlemelerdir. Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hükümler Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da³⁶ ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük³⁷'te düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda ise çocuk düşürme ve düşürtme suçları ayrıca hüküm altına alınmıştır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinde ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3 üncü maddesinde belirtildiği gibi gebeliğin isteyerek sonlandırılması için gebeliğin on haftayı geçmemiş olması gerekmektedir. Cinsel saldırı hâlinde ise bu sınır yirmi haftadır (TCK.m.99/VI). Sorunlu gebelikler açısından ise tüzükte belirtilen durumlardan birinin³⁸ mevcudiyeti hâlinde gebeliğin sonlandı-

³³ Kişiliğin ve yaşama hakkının sağ ve tam doğumla kazanıldığı gerekçesiyle henüz doğmamış çocuğun yaşama hakkından bahsedilemeyeceğini savunan görüşe göre, bir çıkar çatışmasından da bahsedilemez. Bkz., **Tek**, s. 109. Kürtaj'a feminizmin bakışı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz., **Keskin**, İçten. (2015). Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm, *Fe Dergi: Feminist Eleştiriler*. 7, (1), 86-95.

³⁴ **Çokar**, Düşük, s. 30.

³⁵ **Ürem**, s. 88.

³⁶ RG., 27.5.1983, S. 18059.

³⁷ RG., 18.12.1983, S. 510.

³⁸ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (2) sayılı listeye göre bu durumlar: "1) Daha önceki major uterin harabiyet ve hasarları a) Sezeryan Ameliyatı b) Miyomektomi c) Uterus Rüptürü d) Geniş perforas-

rılması mümkündür (NPHK.m.5/II). Ayrıca gebeliğin sonlandırılması için kadının evli olması hâlinde eşinin rızası, küçük ve/veya ayırt etme gücünden yoksun olması hâlinde ise velisinin veya vasisinin ve sulh hâkiminin izni gerekir (NPHK.m.6). Türk Ceza Kanunu'nun 100 üncü maddesinde ise "*Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi hâlinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*" diyerek belirtilen şartlara uyulmaması hâlinde kadına verilecek ceza düzenlenmiştir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı gebeliğin belirli haftadan önce olması, belirtilen izinlerin alınmış olması veya tüzükte belirtilen durumların bulunması şartına bağlanmıştır ve bu şartlara uyulmamasının yaptırımı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir.

yon e) Geçirilmiş vajinal plastik operasyonlar 2) Rekürren preeklampsi-eklampsi 3) İzomünizasyon 4) Mole hidatiform B- Ortopedik nedenler 1) Osteogenezis imperfekta 2) Ağır kifoskolyoz 3) Doğumu güçleştiren osteomyelit 4) Faaliyet halinde bütün mafsalları ilgilendiren osteoartiküller hastalıklar C- Kan hastalıklarına bağlı nedenler 1) Lösemi 2) Kronik anemiye neden olan hastalıklar 3) Lenfomalar 4) Pıhtılaşma defektleri 5) Hemolitik sanlıklar 6) Agranülositozis 7) Tromboembolik hastalıklar 8) Hemoglobinopatiler ve talasemi sendromları (ağır klinik ve hematolojik bozukluğa neden olan) 9) Gama globulinopatiler D- Kalp ve dolaşım sistemi hastalıkları 1) Doğumu engelleyen konjenital ve akkiz kalp hastalıkları 2) Kalp yetmezliği, perikardit, miyokardit, miyokard enfarktüsü, aşikar koroner yetmezliği, arteriyel sistem anevrizmaları 3) Ağır tromboflebitler ve lenfatik sistem hastalıkları 4) Ağır bronşektaziler 5) Solunum fonksiyonunu bozan kronik akciğer hastalıkları E- Böbrek hastalıkları 1) Akut ve kronik böbrek hastalıkları F- Göz hastalıkları 1) Dekolman 2) Renal hipertansiyon ve diyabetik retinopatiler G- Endokrin ve metabolik hastalıklar 1) Feokromositoma 2) Adrenal hiperfonksiyon ya da yetmezliği 3) Kontrol altına alınamayan hipotiroidi veya hipertiroidi 4) Paratroid hiperfonksiyon ya da yetmezliği 5) Ağır hipofiz hastalıkları H- Sindirim sistemine bağlı nedenler 1) Gebeliğin devamını engelleyen sindirim organları hastalıkları İ- İmmünolojik nedenler 1) İmmün yetmezliği hastalıkları 2) Kollajen doku hastalıkları J- Bütün malign neoplastik hastalıkları K- Nörolojik nedenler 1) Grand mal epilepsi 2) Multiple skleroz 3) Musküler distrofi 4) Hemipleji ve parapleji 5) Gebeliğin devamını engelleyen ağır nörolojik hastalıklar L- Ruh hastalıklarına bağlı nedenler 1) Oligofreni 2) Kronik şizofreni 3) Psiko manik depresif (PMD) 4) Paranoya 5) Uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm M- Enfeksiyon hastalıkları 1) Teratojen intra uterin enfeksiyonlar a) Kızamıkçık b) Toksoplazmozis c) Sitomegalovirus d) Herpes virus grubu hastalıklar 2) Cüzzam 3) Sıtma 4) Frengi 5) Brusella ve diğer ağır kronik enfeksiyonlar N- Konjenital nedenler 1) Marphan sendromu 2) Mesane ekstrofisi 3) Down sendromu 4) Sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar 5) Gonadlara zararlı röntgen ışını ve ilaç 6) Teratogenik ilaçlar 7) Nörofibromatozis".

Bu bağlamda, gebeliğin sonlandırılmasını isteyen kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkıyla ceninin yaşama hakkının çatışması sonucu kimin çıkarımın üstün tutulacağına belirlenmesi noktasında, yukarıda bahsi geçen ve hukuken korunması gereken iki süjeden birini dışlayan bu iki görüşten birini koşulsuz tercih etmek tutarlı görünmemektedir. Kadının vücudu üzerinde karar verme hakkını sınırsız kabul etmemek, ceninin yaşama hakkının kutsal kabul etmek daha isabetli görünmektedir. Ancak kadının kendi bedeni üzerinde karar verme ve kendi geleceğini belirleme hakkını da hiçe saymaksızın kanunî çerçevede belirli kısıtlamalarla kadına gebeliğin sonlandırılmasına karar verme imkânı sağlamak da hukukun bir gereğidir. Sonuç olarak, bu konudaki bir takım eksiklerine rağmen mevcut kanunî düzenlemelerin yeterli olduğunu ifade etmekte bir sakınca bulunmamaktadır.

III. BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM

A) Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan içtihat hukukuna göre gebeliğin sonlandırılması açısından Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin kararları belirleyici olmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin özellikle *Roe vs Wade* davasında verdiği kararda annenin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı, ceninin yaşama hakkından üstün tutulmuştur³⁹. Bu karara göre, ilk trimester dönemde gebeliğin sonlandırılması işleminde daha çok kadının kararına saygı duyulması gerektiği, ikinci trimester dönemde kadının sağlığı açısından sakınca olmaması halleri için gebeliğin sonlandırılmasının öngörülebileceği ve üçüncü trimester dönemde ise cenin artık viability⁴⁰ aşamasına geldiği için zorunlu haller dışında korunması gerektiği belirtilmiştir⁴¹. Daha sonraları ise kadının, viability aşamasından önce gebeliğin sonlandırılmasını istemesinin anayasal bir hak olduğu ve bu

³⁹ **Wolhandler**, p. 369,370. *Roe vs Wade* kararı için ayrıca bkz., **Singer**, Eric T. (1976). *Constitutional Law-Freedom of the Press Prohibition of Abortion Referral Service Advertising Held Unconstitutional*, *Cornell Law Review*. (61), 640-660, p. 646.

⁴⁰ Viability, ceninin doğumu takiben dış ortama uyabilme, dolayısıyla yaşayabilme yeteneğini ifade eder. Bkz., <http://www.tibbisozluk.com/arama.php?terim=viyabilite&x=0&y=0>, 18 Temmuz 2015 tarihinde erişildi.

⁴¹ **Wolhandler**, p. 371.

aşamadan sonra anne hayatının tehlikeye girdiği durumlar haricinde ceninin haklarının tercih edilebileceği belirtilmiştir⁴².

Amerika Birleşik Devletleri'nde, mevcut düzenlemelere göre isteğe bağlı olarak, sorunlu gebelikler, tecavüz, ensest veya annenin fiziksel ve ruhsal yaşamını korumak amacıyla gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Annenin hayatının ve sağlığının tehlikeye girdiği durumlar haricinde her eyalet kendi düzenlemesini yapmaktadır. Buna göre, otuz dokuz eyalette lisanslı hekim tarafından gebeliğin sonlandırılmasını, yirmi eyalet belirlediği gebelik haftasından itibaren gebeliğin sonlandırılması işleminin hastanede gerçekleştirilmesini, on sekiz eyalet ise gebeliğin sonlandırılması için ikinci bir hekimin katılımını aramaktadır⁴³. On yedi eyalet gebeliğin sonlandırılması istemiyle gelen kadına öncelikle danışmanlık hizmeti verilmesini zorunlu tutmakta, yirmi altı eyalette danışmanlık hizmeti sonrasında yirmi dört saat geçmeden gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemektedir⁴⁴.

B) İngiltere

İngiltere'de 1967'de çıkarılan Düşük Kanunu (Abortion Act) ile belirli şartlar altında gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir. Buna göre, iki hekim tarafından belgelendirilmek koşuluyla farklı endikasyonlar açısından yirmi dört haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasına izin verilmiş, yirmi dört haftadan fazla olan gebeliklerin ise hangi şartlar altında sonlandırılabilceği düzenlenmiştir. Düşük Kanunu'nun uygulandığı başta İngiltere olmak üzere İskoçya ve Galler gibi ülkelerde, annenin hayatının söz konusu olduğu durumlarda, fetal anomalinin varlığı hâlinde ekonomik ve sosyal nedenlerle gebelik sonlandırılabilir. Buna göre, iki hekimin, acil durumlarda ise tek hekimin, tıbbî gereklerin varlığını belgelendirmesiyle yirmi dört haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması mümkündür⁴⁵. Acil durumlar haricinde gebeliğin sonlandırılma-

⁴² Singer, p. 646; Pettinato, Tammy R. (2007). An Annotated Bibliography of Law Review Articles Addressing Feminist Perspectives in 'Law in Literature', 99 *Law Library Journal* (55), 55-72, p. 66.

⁴³ Güney Tunalı, s. 39,40.

⁴⁴ Güney Tunalı, s. 40; Ayrıca bkz., Keskin, İçten. (2014). Amerika ve Türkiye'de Kürtaj Politikaları ve Feminizm Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr> adresinden erişildi.

⁴⁵ Ploscowe, Morris. (1965). Report to the Hague Suggested Revisions of Penal Law Relating to Sex Crimes and Crimes Against the Family, *Cornell Law Review*. (50), 425-445, p. 435.

sı, Ulusal Sağlık Hizmetleri hastanelerinde veya doğum evleri, özel hastaneler ve kabul görmüş diğer yerlerde yapılabilir.

Düşük Kanunu'na göre, gebeliğin isteyerek sonlandırılması veya tecavüz ve ensest gibi durumların varlığı hâlinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemektedir. Ancak, iki hekimin iyiniyetli bir şekilde gebeliğin yirmi dört haftayı aşmadığını düşündüğü, gebeliğin devamının annenin veya ailedeki bireylerin fiziksel veya ruhsal sağlığını etkileme riskinin, gebeliğin sonlandırılması nedeniyle oluşacak riskten fazla olduğunun ortaya konulması hâlinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Dolayısıyla, Düşük Kanunu'na göre esasen gebeliğin isteyerek sonlandırılmasının mümkün olduğu söylenilebilir⁴⁶. Bununla birlikte, herhangi bir ayırım yapmaksızın gebeliğin sonlandırılmasını ve gebe kadının da aynı girişimde bulunmasını yasaklayan Kişiyeye Karşı Suçlar Kanunu'nun 58 inci ve 59 uncu maddeleri de hâlâ yürürlüktedir.

C) Almanya

Almanya'da annenin hayatını, beden ve ruh sağlığını korumak amacıyla, gebeliğin suç sonucu oluşması durumunda, ayrıca *fetal anomali* durumunun varlığı hâlinde, ekonomik ve sosyal nedenlerle gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması mümkündür. Ancak, gebeliğin sonlandırılması aynı zamanda Alman Ceza Kanunu § 218 uyarınca kural olarak hukuka aykırı kabul edildiği için, gebeliğin sonlandırılması işlemlerinde Alman Ceza Kanunu'ndaki sınırlamalara uyulması gerekir. Buna göre, isteğe bağlı sonlandırmalarda farkındalık yaratmak amacıyla gebeliğin sonlandırılmasını talep eden kadının sosyal rehberlik görüşmelerine katılması aranmaktadır. Doğmamış çocuğun yaşam hakkını korumak ve bu konuda gebe kadını bilgilendirmek amacıyla öngörülen rehberlik görüşmeleriyle gebe kadının doğuma zorlanamayacağı belirtilmektedir. Bu rehberlik görüşmelerinin gebeliğin sonlandırılmasından en az üç gün önce yapılması ve gebeliğin on iki haftadan fazla olmaması gerekmektedir⁴⁷.

⁴⁶ Güney Tunalı, s. 41.

⁴⁷ Brenda, Ernest. (1981). Constitutional Jurisdiction in Western Germany, *Columbia Journal of Transnational Law*. (29), 1-13, p. 4; ayrıca bkz., <http://www.profamilia.de/erwachsene/ungewollt-schwanger/schwangerschaftsabbruch.html>, 29 Mart 2016 tarihinde erişildi.

Ayrıca, rehberlik görüşmelerine katılan hekim ile gebeliğin sonlandırılması işlemini gerçekleştirecek olan hekimin farklı olması gerekmektedir⁴⁸.

Gebe kadının beden ve ruh sağlığı ile ilgili ağır tehlikenin söz konusu olduğu durumlarda gebeliğin sonlandırılması öncesinde sosyal rehberlik görüşmeleri zorunlu tutulmamıştır⁴⁹. Ayrıca, bu durumda gebeliğin sonlandırılması açısından herhangi bir süre kısıtlaması söz konusu değildir. Gebeliğin suç sonucu oluşması durumunda ise gebelik on ikinci haftaya kadar sonlandırılabilir⁵⁰. Gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığının belirlenmesi ise hekime bırakılmıştır.

D) İsviçre

İsviçre’de “TVG⁵¹” olarak kısaltılan gebeliğin sonlandırılması, hukuken on iki haftaya kadar mümkün olup, bu süre kadının son âdet periyodunun ilk gününden itibaren hesaplanır. Bu kanunî süre içerisinde gebeliğin sonlandırılmasına başvurmak isteyen kadın, ilgili kantonun gerekli kıldığı bir başvuru formunu bizzat doldurur ve imzalar. Her kanton, gebeliğini sonlandırmayı düşünen kadına, bu konuda yardımcı olabilecek konsültasyon merkezleri ve organizasyonların listesini sağlamak zorundadır. Yine her kanton, gebeliğin sonlandırılması için gerekli konsültasyonu ve tıbbî hizmetleri sağlama yeterliliğine sahip hastaneleri ve tıp merkezlerini kurmakla mükelleftir. Gebeliğini sonlandırmayı düşünen kadın, gebeliğin sonlandırılması ile ilgili olarak detaylı şekilde bilgilendirilir⁵². On iki haf-

⁴⁸ Bkz., <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=98262.html>, 31 Mart 2016 tarihinde erişildi.

⁴⁹ Yürürlükte olan mevzuata göre, sorunlu gebeliklerin tespiti gebeliğin 12 inci haftasından gebe kadının doğum sancılarının başlama anına kadar mümkün olduğu için sorunlu gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemektedir. Fakat, sorunlu gebelikler kadının beden ve ruh sağlığı açısından tehlike oluşturan durumlara dahil edilerek gebeliğin sonlandırılması mümkün kılınmaktadır. Bkz., **Dettmeyer**, Reinhard. (2006). *Medizin und Recht: Rechtliche Sicherheit für den Arzt*, Bonn: Springer Medizin Verlag, p. 159.

⁵⁰ <http://www.familienplanung.de/beratung/schwangerschaftsabbruch/rechtsslage-und-indikationen/>, 29 Mart 2016 tarihinde erişildi.

⁵¹ Bu kısaltmanın kökeni, *gebeliğin sonlandırılması* anlamına gelen Fransızca “Interruption volontaire de grossesse” kelimeleridir. Bkz., https://fr.wikipedia.org/wiki/Interruption_volontaire_de_grossesse, 30 Ocak 2016 tarihinde erişildi.

⁵² **Fleming**, Valerie, **Ijuschin**, Irina, **Pehlke-Milde**, Jessica, **Maurer**, Franziska, **Parpan**, Franziska. (2016). Dying at Life's Beginning: Experiences of Parents and Health Professionals in Switzerland When an ‘*in utero*’ Diagnosis Incompatible with Life is Made, *Midwifery* (34), 23-29, p. 28.

tadan sonraki dönemde hukuka uygun şekilde gebeliğin sonlandırılması, gebe kadının kendi isteği ile mümkün olmaz. Bu zaman diliminde, gebeliğin hukukî olarak sonlandırılması için hekim izni aranır. Bunun için de hekimin gebe kadının ruhsal bütünlüğünün tehlike altında olduğuna veya yoğun stres altında olduğuna kanaat getirmesi zorunludur. Hekim bu yönde bir karar verirken gebeliğin avantajları karşısında kadının içinde bulunduğu tehlikeyi de nazara almalıdır. On altı yaşından küçük bir çocuğun gebe kalmış olması durumunda, gebeliğin sonlandırılması için gebe kadının mutlaka bir uzman çocuk danışmanından konsültasyon alması, ayrıca yazılı bir form imzalaması zorunludur. İsviçre'de bu yaştaki bir çocuğun gebeliğini sonlandırmaya tek başına karar verme hakkı söz konusu olup ebeveyn rızası aranmamaktadır.

Gebelik ancak bir doktor tarafından ve ilgilinin kanunen geçerli rızası alınmak suretiyle sonlandırılır. İsviçre hukukunda, tedavi amaçlı gebeliğin sonlandırılmasından önce bir zaman dilimi bulunmadığı gibi zorunlu bir konsültasyon veya bekleme süresi de öngörülmemiştir. Bazı kantonlarda, gebeliğin sonlandırılması işlemi, jinekoloji uzmanı ve bir pratisyen hekim tarafından özel muayenehanede lokal anestezi altında ve aynı gün taburcu edilerek gerçekleştirilir. Bazı kantonlarda ise, aynı işlem sadece kamu hastaneleri ile özel kliniklerde yapılabilmektedir. Operasyondan önce hekim, hastayı bizzat bilgilendirmek, ona diğer seçenekler hakkında bilgi vermek ve operasyonun muhtemel riskleri hakkında onu aydınlatmak zorundadır. Hastanın yazılı rızasını aldıktan sonra hekim, hastaya, ücretsiz hizmet veren konsültasyon merkezlerinin, finansal destek ve tavsiyelerde bulunabilecek kurumların ve organizasyonların listesini vermek, ayrıca doğacak bebeğin evlatlık verilmesi hakkında hastayı bilgilendirmekle mükelleftir. Gerçekleşen her gebeliğin sonlandırılması işlemi, istatistiki bilgi amacıyla kamu sağlığı otoritelerine bildirilmelidir. Gebeliğini sonlandırmayı düşünen her kadın, kendi jinekoloğu dışında aile planlama merkezleri ve kamu hastanelerinden danışmanlık hizmeti alabilir⁵³.

⁵³Bkz., <http://geneva.angloinfo.com/information/healthcare/pregnancy-birth/termination-abortion>, 12 Ocak 2016 tarihinde erişildi.

IV. TÜRK HUKUKU'NDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

A) Kavram

Türk Hukukunda, gebeliğin sonlandırılması, kanunî düzenlemelerde ve öğretide farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da "*gebeliğin sona erdirilmesi*" ifadesi kullanılırken, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te "*rahim tahliyesi*" ifadesi kullanılmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda ise "*çocuk düşürme*" veya "*çocuk düşürtme*" ifadeleri tercih edilmiştir. Öğretide ise gebeliğin sonlandırılması, "*kürtaj, düşük veya abortus*" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu kavram karmaşası karşısında, kavram birliğinin sağlanması açısından kullanılan kavramların daha detaylı incelemek gereklidir.

Rahim tahliyesi, ilgili tüzükte gebeliğin sonlandırılması anlamında kullanılabilirle beraber, terminolojik olarak gebelik sonrası rahimde kalan materyallerin boşaltılması amacıyla yapılan işlemler de rahim tahliyesi olarak adlandırılır. Zira gebeliğin sonlandırılması için ceninin yaşamına son verilmesi yeterlidir, rahim tahliyesi şart değildir⁵⁴.

Türk Ceza Kanunu'nun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının "b" bendine göre "*çocuk deyiminden, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır*". Türk Ceza Kanunu'nun bu düzenlemesi isabetli değildir. Zira, aynı kanunda *çocuk düşürme veya düşürtme suçlarında* geçen *çocuk* ifadesinden on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin anlaşılması gibi bir anlam ortaya çıkar ki şüphesiz ilgili hükümde geçen ifade ile kastedilen bu olmaz⁵⁵.

Gebeliğin sonlandırılması yerine sıkça kullanılan *kürtaj (küretaj)*⁵⁶ terimi ise vücut boşluğundaki sağlıksız ya da fazla dokuları *küret* adı verilen metallerle kazıyarak dışarı alma anlamına gelmektedir⁵⁷. Ancak, daha

⁵⁴ Güney Tunalı, s. 21.

⁵⁵ Hakeri, Hakan. (2012). Tıp Hukuku, (5. bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 307.

⁵⁶ Kürtaj, hamilelikte rahim içerisindeki ceninin tıbbî müdahale ile alınması şeklinde de tanımlanabilir. Bkz., https://tr.wikipedia.org/wiki/K%C3%BCrtaj#cite_note-1, 8 Eylül 2015 tarihinde erişildi.

⁵⁷ Altıparmak, Salıha, Çiçeklioğlu, Meltem, Yıldırım, Gülay. (2009). Abortus ve Etik, *Cumhuriyet Medical Journal*. 31(1), 84-90, s. 85; Şafak, Ayşe Aydın. (2012). Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması, Kadın Çalışmaları Yüksek Lisans Programı, http://bianet.org/files/doc_files/000/000/588/original/tu%CC%88rkiye_de_

çok kürtaj erken dönem gebeliklerin sonlandırılması amacıyla kullanılan bir yöntemdir. Ayrıca, kürtaj sadece gebeliğin sonlandırılması için kullanılmaz. Erkeklerin de vücut boşluklarındaki zararlı maddelerin dışarıya alınması amacıyla kürtaj olmaları mümkündür. Dolayısıyla, kürtaj gebeliğin sonlandırılma yöntemlerinden sadece biridir ve gebeliğin sonlandırılmasını tam anlamıyla karşılamamaktadır⁵⁸.

Abortus ise, rahim içindeki embriyo veya fetüsün yaşamının sonlandırılması amacıyla rahim dışına çıkarılmasıdır. Çoğu zaman, abortus yerine kullanılan *düşük (miscarriage)* kavramında ise yaşamın sonlandırılmasında dış etkenler veya anneyi ve cenini etkileyen hastalıklar söz konusudur. Yani, abortus isteyerek sonlandırma işlemi için kullanılırken; düşük, istem dışı sonlanmalar için kullanılır⁵⁹.

Görüldüğü üzere, *gebeliğin sonlandırılması* dışındaki kavramlarla anlatılmaya çalışılan çalışma konusu olarak incelenen konuyu ifade etmek için yeterli değildir. Bu sebeple, bu çalışmada, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da geçen *gebeliğin sonlandırılması* terimi daha isabetli görülerek tercih edilmiştir.

B) Tarihsel Gelişim

Türkiye'de gebeliğin sonlandırılmasıyla ilgili kanunî düzenlemeler, modern kanunlaştırma hareketlerinin başladığı Cumhuriyet'in ilanından sonraki dönem açısından incelenebilir. Zira, bundan önceki dönemde bu konuda kanunî bir düzenleme söz konusu değildir. Cumhuriyet dönemi olarak adlandırılan bu zaman diliminde üç dönemden bahsetmek gerekir. Bunlar, gebeliğin sonlandırılmasının yasak olduğu dönem, geçiş dönemi ve serbest dönemdir⁶⁰.

Yasak dönem olarak adlandırılan ve 1923 yılında Cumhuriyetin ilanı ile başlayan dönemde Kurtuluş Savaşı nedeniyle büyük kayıplar yaşanmıştır. Bu kayıpları ortadan kaldırmak amacıyla 1960 yılına kadar

ku%CC%88rtaj_ h akk%C4%B1n% C4%B1n_gelis%CC%A7imi.pdf, adresinden 12 Ocak 2016 tarihinde erişildi, s. 1; **Aciduman**, s. 20.

⁵⁸ **Güney Tunali**, s. 23, 24; **Has**, Recep. (2012). Sorunlu Gebelik ve Kadın Sağlığı Çerçevesinde Kürtaj Yasa Tasarısı ve Sezaryen Yasası Üzerine Tıbbi Ölçütler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 127-184, s. 130; **Dölen**, s. 37.

⁵⁹ **Altıparmak/ Çiçeklioğlu/ Yıldırım**, s. 85; **Dölen**, s. 36. Dünya Sağlık Örgütü tarafından düşüğün, fetüsün rahim dışında yaşam yeteneği kazanmadan herhangi bir nedenle gebeliğin sona ermesi olarak adlandırıldığına dair bkz., **Çokar**, Düşük, s. 4-5.

⁶⁰ Ayrıca bkz., **Şafak**, s. 2-5.

doğum yanlısı bir politika izlenmiş ve gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanmasının yanında gebeliği önleyici tedbirler de yasaklanmıştır⁶¹. Bu dönemde, doğum yanlısı bir tutumun sergilenmesi nüfus yoğunluğu ileri seviyedeki ülkelere yetişebilmede bir araç olarak görülmüştür. Hatta, bu dönemde nüfus artırılmasını teşvik amacıyla 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu⁶²'nin 156 ncı maddesinde altı veya altıdan fazla çocuğu olan kadınlara para ödülü veya madalya verileceği düzenlenmiştir⁶³.

Geçiş dönemi nüfus artışının bugüne kadar bilinen en yüksek seviyeye çıktığı, bununla birlikte gebeliğin isteyerek sonlandırılması oranlarının da yüksek olduğu bir dönemdir. Gebeliğin isteyerek sonlandırılması oranlarının yüksek olması uzmanların dikkatini çekmiş ve bu alanda çalışmalar yapılmıştır. Türkiye Jinekoloji Derneği, 1963 yılında aile planlaması konusunda uygun olabilecek yöntemleri tartışmış ve belirli endikasyonların varlığı hâlinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁴. Nihayet, 1963-1967 yıllarını kapsayan Birinci Beş Yıllık Plan kapsamında nüfus planlaması "*kişinin istediği sayıda ve zamanda çocuk sahibi olmalarını kolaylaştıran demokratik yol*" olarak tanımlanmış ve aile planlamasına izin verileceği belirtilmiştir. Daha sonra 1965 yılında Nüfus Planlaması Hakkında Kanun kabul edilmiştir⁶⁵. Bu kanunla nüfus planlamasının gebeliği önleyici tedbirlerle gerçekleştirilebileceği ve tıbbî zorunluluk bulunması hâlinde gebeliğin sonlandırılacağı düzenlenmiştir⁶⁶.

Serbest dönemde ise gebeliğin isteyerek sonlandırılmasının yasak olması sonucunda gebeliğin güvenli olmayan şekilde sonlandırılması yön-

⁶¹ Çokar, Kürtaj, s. 206, 207.

⁶² R.G., 6.5.1930, S. 1489.

⁶³ Hükme göre, "*Bu kanunun neşrinden sonra berhayat çocuğu altı veya altıdan fazlaya baliğ olan kadınlara Devletçe mükâfatı nakdiye verilmesi için her sene Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti bütçesinde bir faslı mahsus açılır. Arzu edenlere nakdi mükâfat yerine ihdas edilecek bir madalya verilir. Bu kanunun neşri tarihinde berhayat altı veya daha ziyade çocuğu olan kadınlara dahi bu madalya verilir*". Ayrıca bkz., Güney Tunali, s. 33; Çokar, Kürtaj, s. 208.

⁶⁴ Kırımhoğlu, Nurdan. (1998). Aile Planlaması Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye'deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar, *Türk Klinikleri Tıp Etiği Hukuku-Tarihi Dergisi*. 6 (1), 24-32, s. 27; Yurtcan, Erdener. (1985). *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 22.

⁶⁵ RG., 1.4.1965, S. 11976.

⁶⁶ Çokar, Kürtaj, s. 210 vd.

temlerine başvurulduğu için kadın ölümlerinin artması, gebeliğin isteyerek sonlandırılmasına ilişkin tartışmaları başlatmıştır. Sonunda 1983 yılında Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ile on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasına izin verilmiştir (NPHK.m.5; RTSHYDİT.m.3)⁶⁷.

Elbette, Türkiye'de gebeliğin sonlandırılması dinî açıdan da tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmaları daha iyi anlamak için her şeyden önce İslam hukuku açısından yaşamın başlangıcının ve gebeliğin sonlandırılmasının değerlendirilmesi gerekir. Arapçada "*cenn*" kelimesinden türeyen cenin kelimesi örtmek ve örtünmek anlamlarına gelmektedir⁶⁸. Fıkıh kitaplarının çoğunda ıskat-ı cenin olarak geçen gebeliğin sonlandırılmasına Kur'an-ı Kerim ve hadislerde değinilmemiştir. Bütün inanç sistemlerinde insan yaşamı kutsal görüldüğü için makul bir sebep olmadıkça insan yaşamını sonlandırmak günah olarak nitelendirilmiştir.

İnsan yaşamının başlangıcı konusunda İslam hukuku âlimleri arasında fikir birliği yoktur. Bir görüşe⁶⁹ göre, yaşam ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar, dolayısıyla cenin bu andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bir insanın yaşamına son vermenin tüm insanlığın yaşamına son vermekle eşdeğer olduğunu savunan bu görüşe göre, çocuk insana Allah'ın emanetidir. Dolayısıyla, fakirlik, geçim sıkıntısı veya diğer sebeplerle çocukların yaşamına son verilmesi yasaklanmıştır. Bu görüş taraftarlarına göre, tıbbî ve dinî bir zaruret bulunmadıkça anne ve babanın rızası olsa dahi cenin ana rahmine düştükten sonra gebeliğin sonlandırılması haram sayılmıştır. Osmanlı döneminde kabul edilen bir görüşe göre⁷⁰ ise, kişiliğin başlangıcı ana rahmindeki ceninin yaratıldığının aşikâr olma-

⁶⁷ Çokar, Kürtaj, s. 214 vd.

⁶⁸ Konan, Belkis. (2008). Osmanlı Devleti'nde Çocuk Düşürme Suçu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (4), 319-335, s. 321.

⁶⁹ Ekşi, Ahmet. (2010). İslam Hukukunda Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2420/279112.pdf?sequence=1> adresinden erişildi, s. 101; Gürbüz, Şinasi. (2012). Dinler Tarihi Açısından Kürtaj, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, (24), 16-19, s. 18.

⁷⁰ Şimşek, Fatma, Eroğlu, Haldun, Dinç, Güven. (2009). Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme), *The Journal of International Social Research (Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi)*, (6), 593-609, s. 595.

sı, uzuvlarının belirginleşmiş olması olarak değerlendirilmiştir. Bu görüş kabul edilirse o dönemde uzuvları belirgin olana kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir, denilebilir. Diğer bir görüş⁷¹ ise, yaşamın başlangıcını anne karnındaki cenine ruh verildiği an olarak kabul etmektedir. Bu andan itibaren cenin ayrı bir varlık olarak değerlendirildiği için gebeliğin sonlandırılmasına müsaade edilmemektedir. Kur'an'da cenin insan şekline sokulduktan sonra ona ruh verildiğinden söz edilmektedir⁷². Ruhun verildiği zaman hakkında fikir birliği olmamakla birlikte İslam âlimlerince kırkıncı gecede veya kırkıncı geceden sonraki gecede ruhun verildiği ileri sürülmektedir. Ancak, bu süreler tahminden öteye gidemediği için tıbbî verilerle ceninin insan biçimine sokulduğu andan sonraki bir zamanda ruhun verildiğini ifade edilebilir⁷³.

Kur'an'ı Kerim'de İsrâ Suresi'nin 31 inci ayetine göre "*Fakirlik korkusuyla çocuklarınızı öldürmeyin, onlara da, size de biz rızık veriyoruz. Doğrusu onları öldürmek büyük bir günahdır*" denilmektedir. Bu ayet İslamiyet öncesi cahiliye devrinde kız çocuklarının diri diri toprağa gömülmesini yasaklamak amacıyla indirilmiştir. Ancak, geniş anlamıyla gebeliğin sonlandırılmasını da yasakladığı düşünülmektedir⁷⁴.

Osmanlı döneminde ise aile hayatına ve özellikle çocuk haklarına büyük önem gösterilmiş ve onları koruyucu düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerle asıl amaç, Osmanlı Devleti'ni içine düşüğü nüfus azlığından kurtarmak ve sağlıklı bireyler yetiştirilmesidir⁷⁵. Hatta bu nedenle, çok çocuklu ailelere maddî yardımlarda bulunulmuş ve gebeliğin sonlandırılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Tanzimat Fermanı'ndan önce

⁷¹ **Gürbüz**, s.19; **Tüfekçi**, İbrahim. (2013) İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. (45), 111-154, s. 124,126.

⁷² El-Hicr Suresi 29 uncu ayette belirtildiği üzere, "*Hani Rabbin meleklere, Ben kuru bir çamurdan, şekillendirilmiş balçıktan bir insan yaratacağım. Onu düzenleyip içine ruhumdan üflediğim zaman, onun için hemen saygı ile eğilin, demişti*".

⁷³ Cenine ruh verilmesi tesviye, ta'dil ve tasvirten sonra meydana geldiği için bu süre gebeliğin sekizinci haftasına tekabül ettiğine dair bkz., **Tüfekçi**, 126. Ruhun verilmesine dair hadisleri insanların ibret almak için kullanmaları gerektiğine ve gebeliğin sonlandırılmasıyla bağdaştırılmaması gerektiğine dair bkz. **Erşahin**, Mehmet. (2011). İslam Hukuku Açısından Aile Planlaması Kürtaj ve Çocuk Sahibi Olma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr/> adresinden erişildi, s. 187 vd.

⁷⁴ **Tokaç**, Mahmut. (2012): Osmanlı Belgelerinde Çocuk Düşürtme (Iskat-ı Cenin), *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. (24), 20-23, s. 20.

⁷⁵ **Şimşek / Eroğlu / Dinç**, s. 306.

hükümdarların fermanlarıyla, Tanzimat Fermanı'ndan sonra ise hazırlanan kanunnameler ile gebeliğini sonlandıranlara ve onlara yardım edenlere hapis cezası, kürek cezası, para cezası veya sürgün cezası verildiği görülmektedir⁷⁶. Sonuç olarak, gebeliğin sonlandırılmasıyla ilgili Osmanlı Devleti'ndeki düzenlemelere bakıldığında, o günün değer yargıları karşısında kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının henüz kabul edilebilir bir hak olmadığı söylenebilir⁷⁷.

C) Gebeliğin Sonlandırılması Ve Etik

Tıbbî etik, tıp ve teknoloji alanlarında ortaya çıkan gelişmelerin meydana getirdiği sorunların etik düzlemde incelenmesi sonucu gelişen etik alanıdır⁷⁸. Tıp ve teknolojinin gelişmesi sonucu ortaya çıkan sorunları çözmek için yaklaşık iki bin yılı aşkın zamandan beri birikmiş olan tıbbî etik ilkelerinden faydalanılmaktadır. Tıbbî etik ilkeleri, genel hatlarıyla *saygı göstermek, zarar vermemek, yarar sağlamak, bilgilendirmek, sır saklamak, dürüst olmak ve ayrımcılık yapmadan herkese eşit davranmak* gibi temel ilkelerden oluşmaktadır⁷⁹.

Etik sorunlar genellikle farklı değerlerin çatışmasından kaynaklanan tartışmalı konular olduğu için etik bir sorunun çözümü için belirli bir değer korunmasına karar verildiğinde diğer değer kaçınılmaz olarak göz ardı edilecektir. Bu nedenle, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin etik açıdan en olumlu davranış; ceninin sahip olduğu değerleri yüksek seviyede koruyan, kadının sahip olduğu değerleri ise en düşük seviyede ihlâl eden kararın verilmesidir. Bütün bu tartışmalar ışığında gebeliğin sonlandırılmasına dair tek bir ideal doğrudan bahsetmek imkânsızdır. Buna göre, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkıyla ceninin yaşama hakkının çatışması sonucu hangi değer üstün tutulacağı bir şablona uydu- rilmaya çalışmaksızın, her olay kendi içinde değerlendirilmelidir⁸⁰.

Etik açısından önemli bir diğer konu ise gebeliğin sonlandırılmasının aile planlaması yöntemi olarak kullanılması sorunudur. Türkiye'de bir dönem aile planlaması yöntemi olarak sıkça kullanılan gebeliğin sonlandırılmasının kadın sağlığı üzerinde olumsuz etkileri mevcuttur. Zira, uzman-

⁷⁶ Şimşek/ Eroğlu/ Dinç, s. 303.

⁷⁷ Konan, s. 334.

⁷⁸ Altıparmak/ Çiçeklioğlu/ Yıldırım, s. 84.

⁷⁹ Gören, s. 106, 107; Kırımlioğlu, s. 30.

⁸⁰ Aciduman, s. 31.

larca gebeliğin sonlandırılması işlemi hangi oranda gerçekleşirse daha sonraki doğumların da bu oranda tehlikeye gireceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, bu olumsuz sonuçlarla karşılaşmamak için öncelikle modern aile planlaması yöntemlerine başvurulmalıdır. Aile planlaması sık aralıklarla çok sayıda gebelik oluşmasını, sık doğuma bağlı ortaya çıkan kadın hastalıklarını, zor doğuma bağlı tehlikeleri, erken veya geç yaştaki doğumları, istenmeyen gebelikleri ve düşüklüğü önler. Kadının ruh sağlığını korur ve sonuçta anne ölümlerini azaltır, böylece toplumda sağlıklı anne sayısı artar. Ayrıca, aile planlaması yöntemlerinin kullanılmasıyla erken doğmuş çocuk sayısı azalır, buna bağlı olarak sağlıklı doğan bebek sayısı artar. Bebekler çok kısa aralıklarla doğmayacağı için daha az hastalanır, daha sağlıklı olurlar. Bunun sonucunda bebek ölümleri azalır. Aile yeterince ilgi gösterebileceği için çocuklar ruhsal yönden daha sağlıklı gelişirler. Çocukların ekonomik ihtiyaçları daha iyi karşılanır, çocuklar eğitim imkânlarından daha çok yararlanırlar⁸¹.

Aile planlaması yöntemlerinin kullanılması gebeliği tamamen önlememekle birlikte istenmeyen gebelikleri önemli oranda azaltmaktadır. Bu yüzden, bireylerin aile planlaması yöntemlerine ulaşmalarının kolay ve ucuz olmasının önemli olduğu belirtilmelidir. Aile planlaması yöntemlerinin kullanılmasına rağmen istenmeyen gebeliklerin oluşması hâlinde ise, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı çerçevesinde belirli şartlar altında güvenli bir şekilde gebeliğinin sonlandırılmasını isteme hakkına sahip olmasının gerektiği tartışmalıdır⁸².

D) Gebeliğin İsteğe Bağlı Sonlandırılması

Toplumlarda, evlilik dışı cinsel ilişkilerin bulunması, yoksul, eğitimsiz kadınların cinsel ilişkiye zorlanmaları, gebelik zamanının planlanmaması veya gebeliği önleyici tedbirleri kullanmama gibi nedenlerle istenmeyen gebelikler ortaya çıkmaktadır. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun; bu tür istenmeyen gebeliklerin önüne geçilmesi amacıyla nüfus planlamasının esaslarını, gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon

⁸¹ Bkz., Aile Planlaması, Aile Planlamasının Temel Amaçları. 24 Ağustos 2015 tarihinde http://www.gata.edu.tr/ureme_sagligi/aile_planlama.htm adresinden erişildi.

⁸² Bkz., İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi ve Sağlık Hukuku Merkezince Düzenlenen "Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım" Konulu Panel Sonuç Bildirgesi, 15 Temmuz 2015 tarihinde <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/20120714SONUCBILDIRGESI.pdf> adresinden erişildi.

yon uygulamalarını, acil müdahale hâlleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin konuları düzenlemektedir. 2013 yılı Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması verilerine göre; Türkiye'de kadınların % 65'i gebeliğin ilk ayında; yaklaşık dörtte biri ise gebeliğin ikinci ayında gebeliğin isteyerek sonlandırılması yoluna başvurmuştur. Kadınların % 13'ü ise önerilen süreden daha geç bir dönemde; gebeliğin üçüncü ayında ve daha sonrasında isteyerek düşük yaptıklarını beyan etmişlerdir⁸³.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesi gebeliğin sona erdirilmesi madde başlığıyla gebelikle ilgili farklı durumlar açısından gebeliğin sonlandırılmasını düzenlemektedir. Buna göre, "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbî sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir*". Hükümde gebeliğin isteyerek sonlandırılması için gereken şartlar belirtilmiştir. İlk olarak gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar ve annenin sağlığı açısından tıbbî sakınca bulunmayan hâllerde gebeliğin isteyerek sonlandırılmasına izin verilmektedir. Hükümde "*gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar*" ifadesi kullanıldığı için sürenin başlangıcı açısından gebeliğin esas alınması gerektiği açıktır. Tıbbî açıdan gebelik yaşının hesaplanmasında, kadının son âdet tarihi esas alınır ancak cenin, son âdet tarihinden iki hafta sonra kadının yumurtlaması sonrası oluşur. Yani, ceninin yaşı sağlık personeli tarafından esas alınan tıbbî gebelik yaşından iki hafta küçüktür⁸⁴. Tıbbî gebelik yaşının hesabında gebeliğin oluştuğu tarih yerine kadının son adet tarihi esas alındığı için normalde sekiz haftalık gelişim süreci geçiren cenin on haftalık olarak değerlendirilmekte ve bu durum çoğu zaman kadının gebeliğini isteyerek sonlandırma hakkını kullanamamasına yol açmaktadır⁸⁵. Bu nedenle esasen hükümde açıkça ifade edildiği üzere *gebeliğin onuncu haftasından* bahsedilmektedir. Ancak, uygulamada sağlık personeli tarafından henüz gebeliğin oluşmadığı son âdet tarihinin esas alınarak hesaplama yapılması gebeliğin sonlandırma hakkının kanunî olarak kullanılmasını zorlaştırmaktadır.

⁸³ Bkz., "2013 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması", Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etüleri Enstitüsü, T.C. Kalkınma Bakanlığı ve TÜBİTAK, 8 Temmuz 2015 tarihinde www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA_2013_ana_rapor. Pdf adresinden erişildi.

⁸⁴ **Dölen**, s. 35; **Çokar**, Kürtaj, s. 218.

⁸⁵ **Çokar**, Kürtaj, s. 218.

Türk Hukukunda, gebeliğin isteyerek sonlandırılmasına izin verilmele birlikte diğer ülkelerde⁸⁶ genellikle on dört hafta olan sınır on hafta olarak belirlenmiştir. Öğretide bazı yazarlara⁸⁷ göre, on iki hafta civarında yani ilk trimester⁸⁸ olarak adlandırdığımız dönemin sonunda cenin kabaca bir insan görünümü almıştır ve bu haftalarda gebeliğin sonlandırılması kadın sağlığı ve rahmi açısından en uygun dönemdir. Bazı yazarlara göre⁸⁹ ise gebeliğin kesin olarak belirlenebilmesi genel olarak onuncu haftayı bulmaktadır ve bu nedenle çoğu kadın gebeliği isteyerek sonlandırma hakkından yararlanamamaktadır. Hükme göre, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar istek üzerine gebelik sonlandırılmaktadır, dolayısıyla kadının serbest iradesi ile istemini belirtmesi gerekmektedir⁹⁰.

Gebeliğin sonlandırılması için gereken sağlık koşullarının belirlenmesi Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e bırakılmıştır. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre rahim tahliyesini yapmaya yetkili kişiler belirlenmiştir. Hükme göre, "*Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekim-*

⁸⁶ Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa ve Romanya gibi ülkelerde gebeliğin sonlandırılmasının sınırı on dört hafta olarak belirlenmiştir. Bkz., **Çokar**, Kürtaj, s. 195.

⁸⁷ **Has**, s. 132. "İnsan embriyosu, ilk trimester boyunca gelişmiş bir insana çok az benzer, bu dönem sonunda insanı andırır da zihinsel bakımdan bir benzerlik yoktur. İkinci trimesterin sonunda ise ceninin nöro-fizyolojik yapıya sahip olmadığı bilinmektedir. Hamilelik ilerledikçe cenini potansiyel bir insandan ibaret olarak görmek kolaylaşacağı için erken aşamada yapılan bir düşüğün geç aşamada yapılacak düşüğe tercih edilmesi gerekir" (bkz., **Çokar**, Düşük, s. 26). On haftadan sonraki dönemlerde cinsiyet tayini yapılabildiği için sırf bu nedenle gebeliğe son verilmek istenebileceği ve bu nedenle isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması süresinin bu hâliyle korunması gerektiğine dair bkz., **Aydın**, Sabahattin. (2012). Kürtaj Yasağında Kim Nerede? *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. (24), 28-29, s. 28, 29.

⁸⁸ İlk trimester, gebeliğin ilk üç aylık dönemi olarak adlandırılır ve gebeliğin başlangıcı sayılan dönemdir. İkinci trimester, gebeliğin ikinci üç aylık dönemini kapsar. Üçüncü trimester ise, son üç aylık dönem olarak adlandırılan ve doğum hazırlıklarının başladığı dönemdir (bkz. **Çokar**, Düşük, s. 26).

⁸⁹ **Çokar**, Kürtaj, s. 218.

⁹⁰ Bir kişilik hakkı olan adın değiştirilmesinde dahi MK.m.27 gereğince haklı sebep aranmaktayken, ceninin müstakbel yaşamının söz konusu olduğu bir durumda sadece istemin yeterli olmaması ve haklı sebebin burada da aranması gerektiğine dair bkz., **Hakeri**, Kürtaj, s. 51.

ler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler". Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 4 üncü maddesinde ise rahim tahliyesinin yapılabileceği yerler ve buralarda bulunması gereken sağlık koşulları düzenlenmiştir. Buna göre "On haftayı geçmeyen gebelikte, rahim tahliyesini, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimler menstrüel regülasyon yöntemiyle resmi tedavi kurumlarında yaparlar. Anestezi gerektiren tahliyeler ise, anestezi uygulanabilen resmî tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. On haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin yapılacağı resmî tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehanelerinde, Tüzük'e ekli (1) sayılı listede yer alan araç ve gerecin bulunması zorunludur".

Tüzükte sayılan kurallara uyulması suretiyle sonlandırma, gebeliğin güvenli sonlandırılması olarak adlandırılmaktadır. Ancak, kadınların gebeliğin sonlandırılması işlemine her zaman ulaşabilmeleri, çeşitli yasaklamalar veya toplumsal baskı nedeniyle mümkün olmamakta ve bu durumda kadın sağlığı açısından gebeliğin güvenli olmayan yollarla sonlandırılmasıyla karşılaşılmaktadır. Buna göre, gebeliğin güvenli olmayan bir şekilde sonlandırılması, kadınların kendi başına veya sağlık personeli olmayan kişi veya kişiler yardımıyla sağlıksız koşullarda ve herhangi bir tıbbî yöntemle başvurmaksızın gebeliği sonlandırılması ya da işlemin sağlık kuruluşlarında sağlık personeli tarafından yapılmasına rağmen olumsuz sağlık koşullarında yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemlerini kapsar⁹¹. Gebeliğin güvenli olmayan bir şekilde sonlandırılmasına, gebeliğin sonlandırılmasının yasak olduğu ülkelerde daha çok rastlanmaktadır⁹². Gebeliğin güvenli olmayan şekilde sonlandırılması ile kanunîlik genel olarak paralellik gösterse de sonlandırmanın kanunî olduğu ülkelerde gebeliğin güvenli olmayan şekilde sonlandırılması işlemlerine rastlanılması

⁹¹ Çokar, Kürtaj, s. 19, 20.

⁹² Zira, gebeliğin sonlandırılması işlemine kanunî yollarla ulaşamadığı için istenmeyen gebeliklerin varlığı hâlinde, kadınlar, güvenli olmayan yerde ve yetkili olmayan kişilerce yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemine maruz kalmaktadırlar. Fakat, gebeliğin sonlandırılmasının kanunî olduğu ülkelerde, bu işlem devletin kontrolü altında yapıldığı için gebeliğin sonlandırılmasına ulaşım kolay ve uygulanan işlemler daha güvenlidir. Bkz., Çokar, Kürtaj, s. 33 vd.

da mümkündür. Gebeliğin sonlandırılmasının kanunî olmadığı ülkelerde kadınların gebeliğin güvenli sonlandırılması işlemlerine ulaşabildikleri de söylenebilir⁹³.

E) Sorunlu Gebelikler Açısından Gebeliğin Sonlandırılması

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır malûliyeteye neden olacağı hâllerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir*". Hükme göre, Türk Hukuku'nda on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması açısından bir engel bulunmamakla birlikte on haftayı geçen gebeliklerin sonlandırılması için gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi veya ileride edecek olması ya da doğacak çocuk ile sonraki nesiller için ciddi bir tehdidin söz konusu bulunması gibi bir takım özel şartlar aranır⁹⁴. Yani, annenin hayatını tehdit eden veya cenin açısından ağır malûliyeteye neden olacak belirli özel durumların varlığı hâlinde gebelik herhangi başka şart aranmaksızın sonlandırılabilir⁹⁵. Bu özel durumlar, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ekli (2) sayılı listede belirtilmiştir. Bununla birlikte, özel durumların hepsini erken dönemde ve yüzde yüz teşhis etmek mümkün olmamaktadır. Listede belirtilen bazı anomalilerin⁹⁶ tespiti ise on sekizinci veya yirminci haftadan önce imkânsız görünmektedir. Kaldı ki listede anomali olarak sayılmayan ancak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır malûliyeteye neden olacak pek çok anomali bulunmaktadır. Bu anomalilerin on sekizinci ve yirminci haftalarda teşhis edilmesi ve teşhis edilen anomalilerin de sayılan listede bulunmaması hâlinde ailenin gebeliğin isteyerek sonlandırılmasına başvuru imkânı bulunmamaktadır. Çünkü, geç dönemde tespit edilebilen bu

⁹³ Çokar, Düşük, s. 12.

⁹⁴ Bu durumun kadının üreme hakkını istenen düzeyde korumadığına dair bkz., Çokar, Kürtaj, s. 219.

⁹⁵ Diğer bir deyişle, on haftayı geçen anomalili gebeliklerde gebeliğin sonlandırılması için ayrıca bir üst sınır aranmamaktadır. Ayrıca bkz., Dölen, s. 38.

⁹⁶ Normalden uzaklaşma veya sapma; gayritâbiilik gibi anomaliler için bkz., <http://www.tibbisozluk.com/arama.php?terim=anomali&x=0&y=0> adresinden 24 Temmuz 2015 tarihinde erişildi.

anomaliler gebeliğin isteyerek sonlandırılması açısından geçerli olan on haftalık süre sınırını aşmaktadır⁹⁷.

Belirtilmiş listede sayılan özel durumlardan birine rastlanması hâlinde gebeliğin sonlandırılabilmesi için Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, İl'lerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır*".

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise "*Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayatî organlardan birisini tehdit eden acil hâllerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hâllerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur. Acil müdahale hâllerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir*". Hükme göre, acil müdahale edilmesi gereken bir durumu tespit eden hekim müdahaleden önce olanaksızsa herhangi bir rapor hazırlamaksızın gebeliği sonlandırabilecek, tıbbî müdahalelerde bulunabilecektir⁹⁸. Bu durumda, müdahalede bulunabile-

⁹⁷ İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi ve Sağlık Hukuku Merkezince Düzenlenen "Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım" Konulu Panel Sonuç Bildirgesi; **Dölen**, s. 38. Bu tür anomaliye dayalı gebeliğin sonlandırılması durumlarında anomalilerin sınırlı sayıda (liste hâlinde) belirtilerek gebeliğin sonlandırılmasının tıp bilimi gibi dinamik bir bilim dalı için uygun olmadığı, bu anomalilerin sınırlama getirmeden örnek kabilinden sayılmasının daha uygun olacağı, ayrıca gebeliğin sonlandırılmasında takdiri uzman hekimlere bırakmanın en isabetli tercih olduğu ifade edilebilir. Aynı yönde bkz., **Has**, s. 134.

⁹⁸ **Yurtcan**, s. 56. Hekimin hayatî tehlikeyi önlemek adına yaptığı gebeliğin sonlandırılması işlemi hukuka aykırı olarak nitelendirilemez. Bkz., **Eren**, Fikret. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 321.

cek hekim, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıdır. Acil durumların neler olduğu ise Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 8. maddesinde sayılmıştır⁹⁹. Acil hâllerde rahim tahliyesinin yapılacağı yerler, buralarda bulunması gereken sağlık koşulları ve bildirim zorunluluğu Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 9 uncu maddesinde düzenlenmiştir¹⁰⁰.

F) Cinsel Saldırı Nedeniyle Oluşan Gebeliklerin Sonlandırılması

Gebelik, her zaman gönüllü cinsel birliktelikler sonucu olmayıp pek çok kadın ve küçük kız evlilik içinde veya dışında cinsel saldırıya maruz kalmakta ve doğal olarak bu gebelikleri devam ettirmek istememektedir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da cinsel saldırı hâlinde gebeliğin sonlandırılmasıyla ilgili herhangi bir hüküm yoktur. Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar tecavüz sonucu oluşan gebelikler sırf bu nedenle sonlandırılmamaktaydı. Türk Ceza Kanunu'nun 99 uncu maddesinin altıncı fıkrasına göre "*Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir*". Hüküm, cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliklerin yirmi haftadan fazla olmaması ve kadının rızasının bulunması hâlinde sonlandırılmasının suç oluşturmayacağını düzenlemekle yirmi haftanın altındaki cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasına izin vermiştir. Ancak, Nüfus

⁹⁹ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 8 inci maddesine göre, "*Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır: Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, servikal internal os'un açık olduğu haller, uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi*".

¹⁰⁰ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 9 uncu maddesine göre, "*Acil hâllerde rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir. Hekim, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa, müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, il'lerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu raporlar, il sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerinde toplanır*".

Planlaması Hakkında Kanun'da Türk Ceza Kanunu'na paralel bir değişikliğe gidilmemiştir.

Cinsel saldırı hâlinde gebeliğin sonlandırılması için kadının cinsel saldırıya maruz kaldığının kim tarafından belirleneceği konusunda ise açıklık bulunmamaktadır. Eğer kesinleşmiş mahkeme kararlarına dayanarak gebeliğin sonlandırılması aranacaksa, uzun yargılama süreleri hükmü işlevsiz hâle getirecektir. Zira, bu nedene dayanarak açılmış bir davanın yirmi haftada sonuçlanması ve kesinleşmesi mevcut hukuk sistemimiz göz önüne alındığında mümkün görünmemektedir. Cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması amacıyla sağlık kuruluşuna başvurulması gerekmele birlikte, sağlık çalışanlarının suçlu bildirme yükümlülükleri çerçevesinde olayı kolluk kuvvetlerine bildirmelerinden toplum baskısı nedeniyle çekinen kadınlar gebeliğin güvenli olmayan şekilde sonlandırılması yöntemlerine başvurmak zorunda kalmaktadırlar¹⁰¹.

G) Gebeliğin Sonlandırılmasında Kanunî Temsilcinin Ve Eşin Rolü

Türk Medenî Kanunu'nun 24 üncü maddesinin ikinci fıkrası gereği kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası olmaksızın yapılan fiiller hukuka aykırı olacaktır. Gebeliğin sonlandırılmasında da kadının rızasının olmaması hâlinde yapılan işlemlerin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyacağı ve hukuka aykırı olacağı gerekçesiyle gebeliğin sonlandırılmasını hukuka uygun hâle getirmek için tıbbî müdahaleye maruz kalan kişinin rızası aranmaktadır. Rıza açıklamaya yetkili kişi gebeliğin sonlandırılması fiiline maruz kalacak olan kadın olmakla birlikte bu kişinin rıza göstermeye ehliyeti bulunmuyorsa kanunî temsilcisinin rızası fiili hukuka uygun hâle getirecektir¹⁰².

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bazı ülkelerde kadınların gebeliğini isteyerek sonlandırılması için eşlerinin ya da kanunî temsilcilerinin iznini almaları aranmaktadır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde *Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin* madde başlığı ile 5 inci maddedeki durumlarda izin belgesi alınması gerektiğinden bahsedilmektedir. Hükme göre, "5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının

¹⁰¹ **Alkan**, Nevzat. (2012). Cinsel Saldırı Halinde Kürtaj Yasa Tasarısı Üzerine Ölçütler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul*. 220-228, s. 223; **Çokar**, Kürtaj, s. 219; **Şafak**, s. 8.

¹⁰² **Güney Tunalı**, s. 68, 69.

iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl malûliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadının rızasında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hâllerde izin şart değildir".

Öncelikle hükümde 5 inci maddedeki durumlardan bahsedildiği için kadının rızasıyla¹⁰³ birlikte kocadan rıza alınması gereken durumlar isteğe bağlı ve sorunlu gebeliklerin sonlandırılması açısından geçerlidir. Cinsel saldırı hâlinde gebeliğin sonlandırılması için ise Türk Ceza Kanunu'nun 99 uncu maddesinde belirtildiği üzere sadece kadının rızası yeterli görülmemiş ve başkaca izin alınması aranmamıştır.

Türkiye'de küçüklerin gebe kalmasına ve çeşitli sosyo-kültürel ve ekonomik sebeplerle bu gebeliklerinin sonlandırılmak istenmesine sıkça rastlanılmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün gebeliğinin sonlandırılması için küçüğün rızasıyla birlikte velayet altındaysa velisinin rızasına, vesayet altındaysa vasisinin rızası ve sulh hâkiminin iznine gerek duyulmaktadır¹⁰⁴. Küçüğün ayırt etme gücü yoksa yalnızca velisinin rızası, kısıtlının ayırt etme gücü yoksa vasi muvafakati ile sulh hâkiminin izni yeterli olacaktır.

Bu noktada, ayırt etme gücüne sahip küçüğün veya kısıtlının gebeliğinin sonlandırılması, bu kişilerin isteği ile birlikte veli veya vasisinin rıza göstermesi şartına bağlı olduğuna göre, küçüğün veya kısıtlının istekli

¹⁰³ Nüfus Planlaması Kanunu, kadının rızası yerine iznin alınması gerektiğini düzenlemekte iken Türk Ceza Kanunu isabetli olarak kadının rızasından bahsetmektedir.

¹⁰⁴ **Tek**, s. 109, 110; **Gençcan**, s. 207, 208. Bazı durumlarda, ebeveynlerin karara katılmalarının istenmesi küçüğün fiziksel veya ruhsal zarara uğramasına neden olabilir. Bu durumlarda, küçüğün mahremiyet hakkıyla ebeveynlerin bilgilendirilmesi çatışabilmektedir (bkz., **Çokar**, Düşük, s. 31). Bu hususta, küçüklerin tıbbi bakımlarına ebeveynlerinin katılımı önemli ve gerekli olmakla birlikte, gebeliğin sonlandırılması gibi özel bazı durumlarda asıl amaca zarar verebileceği gerekçesiyle ebeveynin rızasının aranmaması daha tutarlı olacaktır. Yani, küçüğün mahremiyet hakkıyla kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının, ebeveynin bilgilendirilmesi hakkına üstün tutulması gerekir.

olmasına rağmen veli veya vasi tarafından rıza gösterilmemesi durumunda sorunun nasıl çözüleceği sorusu akla gelebilir. Aynı durum, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının gebeliği sonlandırmak istememesine rağmen veli veya vasinin bu konuda istekli olması durumu için de söz konusudur. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13 üncü maddesinde küçüğün kendi rızasının alınmasıyla birlikte velisinden izin belgesinin alınması gerektiğinden bahsedilmiştir. Hüküm lâfzî yorumu tâbi tutulduğunda asıl olanın veli izni olduğu gibi bir anlam çıkarılabilir. Ancak, gebeliğin sonlandırılmasının küçük tarafından istenildiği hâllerde gebeliğin sonlandırılmasına veli rızası olmaksızın da imkân sağlanması gerekir. Bu, hem küçüğün menfaatinin korunması hem de istenmeyen bir çocuğun dünyaya gelmesinin engellenmesi ve bunun doğuracağı sorunların önlenmesi açısından gereklidir¹⁰⁵. Aynı sonuca kısıtlı açısından da varılabilir. Zira, Medenî Kanununu ruhuna uygun olarak ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı şahsa sıkı şekilde bağlı hakları tek başına kullanabilir. Şüphesiz, kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı, diğer bir ifade ile gebeliğin sonlandırılmasını isteme hakkı, böyle bir haktır. Gebeliğin sonlandırılmasının küçük veya kısıtlı tarafından istenmemesi, ancak veli veya vasinin bu konuda ısrarcı olması durumunda ise somut olayın özelliklerine göre veli veya vasinin gebeliğin sonlandırılmasını istemeleri bir hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa küçüğe ve kısıtlıya hâkime başvurarak gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemesini talep etme hakkı verilmeli, taraflar arasındaki uyuşmazlık bu şekilde çözümlenmelidir¹⁰⁶.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre gebeliğin sonlandırılmasında rızası alınacak kadın evli ise eşin de rızasının alınması gerekir. Türk Ceza Kanunu 99 uncu maddesine göre ise çocuk düşürtme suçunun oluşmaması açısından sadece gebe kadının rızası yeterli görülmüştür, ayrıca eşin rızası aranmamıştır¹⁰⁷. Bu durum,

¹⁰⁵Şenocak, Zariye. (2001). Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50 (4), 65-80, s. 79; **Tek**, s. 112.

¹⁰⁶**Tek**, s. 112. Türk Medenî Kanununun 283 üncü maddesine göre, soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri aile mahkemesinde açılır.

¹⁰⁷**Tek**, s. 114; **Şafak**, s. 7. 2008 yılında yapılan değişiklikten önce eşin rızasının alınmasına rağmen yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemleri suç olmamakla birlikte adli para cezasına hükmedilmekteydi. 2008 yılında 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına

uygulamada birçok problemi beraberinde getirmektedir. Bu hususta, ilk sorun, gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının aranmasının kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına bir sınırlama teşkil edip etmediğidir. Öğretide, çoğunluğun savunduğu görüşe göre, kanunî temsilcinin rızasının aranmasının nedeni kadının bir nedenle gerçekleştirdiği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak olmasıyken, ergin ve ayırt etme gücüne sahip kadının gebeliğinin sonlandırılmasında eşinin rızasının aranması, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının sınırlandırılması olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁸. Bununla birlikte, bazı özel durumları varlığı hâlinde, örneğin gebeliğin kadının veya erkeğin bir engeli dolayısıyla kişinin çocuk sahibi olması için tek şans olması durumunda özellikle erkeğin bir daha çocuk sahibi olma şansının olmadığı durumlarda, gebeliğin sonlandırılmaması yönündeki isteğine olumlu yanıt verilmelidir¹⁰⁹. Evlilik birliği içinde önemli bir konu üzerinde eşlerin uyuşmazlığa düşmeleri nedeniyle hâkimin müdahalesini isteyebilecekleri düşünülürse, böyle bir uyuşmazlığın nihaî çözüm yeri eşlerin yerleşim yerindeki aile mahkemesi olacaktır. Kısacası, bu konuda çıkan uyuşmazlık açısından hâkimin geniş bir takdir hakkı söz konusu olup hâkim somut olayın özelliklerini nazara alarak hakkaniyete uygun bir karar vermelidir.

Eşin rızasının aranmasıyla ilgili başka bir sorunla ise, evlilik birliği içinde kadına karşı işlenen suçlar nedeniyle oluşan gebeliğin sonlandırılmasında karşılaşılır. Cinsel ilişki, kadının vücut bütünlüğüne yapılan bir saldırı olması nedeniyle kişilik haklarına aykırılık teşkil eder. Ancak, kadının rızası cinsel ilişkiyi hukuka uygun hâle getirmektedir. Bununla birlikte, kadının bir erkekle evlenmesi evlilik içinde gerçekleşecek tüm cinsel ilişkilere önceden rıza verdiği anlamına gelmez. Dolayısıyla, evlilik birliği

Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la adli para cezası yaptırımını da ortadan kaldırılarak eşin rızasının alınmamasına rağmen yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemlerinin herhangi bir yaptırımını kalmamıştır (bkz., **Alisbah Tuskan**, s. 20). Ancak, cezaî bir yaptırımın olmaması rızası alınmayan eşin hukuk davası açma, özellikle tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmayacağı unutulmamalıdır.

¹⁰⁸ **Çokar**, Kürtaj, s. 222. Erkeğin kendi bedeni üzerinde gerçekleşmeyen bir süreçte etkili olmasının etik çerçevesinde uygun olmadığına dair bkz., **Aciduman**, s. 24; **Güney Tunali**, s. 69; **Kırımlioğlu**, s. 29, 31; **Altıparmak/ Çiçeklioğlu/ Yıldırım**, s. 87.

¹⁰⁹ **Çokar**, s. 129; **Ürem**, s. 93.

içerisinde kadının rızası olmaksızın yaşanmış bir cinsel ilişki¹¹⁰ sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının aranması beklenemez. Bu durumda, kadına, eşin rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılmasını talep etme imkânı verilmelidir¹¹¹.

Düzenlemeye göre rızası alınacak olan eş kadının resmî nikâhlı eşi olmalıdır¹¹². Kadının zina sonucu gebe kalması hâlinde eşin rızasının aranıp aranmayacağı ise diğer bir sorundur. Babalık karinesi gereği evlilik birliği içinde doğacak çocuğun babası koca olacaktır. Bu durumda, koca Türk Medenî Kanunu'nun 286 ncı maddesinde de belirtildiği üzere soybağının reddi davası açma imkânına sahiptir. Ancak, kocanın kadını cezalandırmak amacıyla veya başka bir amaçla gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemesi hâlinde nasıl bir çözümün benimseneceği tartışılabilir. Öncelikle, kocanın böyle bir durumda gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemesi çocuğu benimsediği anlamına gelebilir ve daha sonra böyle bir dava açılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği için somut olayın şartlarına göre hâkim, soybağının reddi davasını reddedebilir. Kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına daha uygun olan diğer çözüme göre ise kadın, evlilik birliği içinde önemli bir konu üzerinde eşlerin uyumsuzluğa düşmeleri nedeniyle hâkimin müdahalesini isteyebilir¹¹³. Kocanın gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemesi haklı sebebe dayanmıyorsa kadın, evlilik birliği içinde önemli bir konu üzerinde eşlerin uyumsuzluğa düşmeleri nedeniyle hâkimin müdahalesini isteyebilir¹¹⁴.

¹¹⁰ Evlilik birliği içerisinde gerçekleşen cinsel ilişkinin rızayla gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı, gebeliğin farkına varılması anına kadar geçen zaman dilimi nazara alınır, oldukça güçtür. Bu konuda, ilgilinin her türlü delille ispat imkânı olduğu gibi eğer tibben tespit imkânı varsa en doğru tercih bilirkişi olarak uzman bir hekime başvurmak olmalıdır.

¹¹¹ **Tek**, s. 114.

¹¹² Sırf evlilik birliği dışında olması nedeniyle taraflarca baba olduğu ileri sürülen kişinin izninin alınmamasının hakkaniyete aykırı olduğuna dair bkz., **Ürem**, s. 93, dn. 67.

¹¹³ **Tek**, s. 114.

¹¹⁴ **Gençcan**, s. 208; İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi ve Sağlık Hukuku Merkezinin Düzenlenen "Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım" Konulu Panel Sonuç Bildirgesi. Bu konuda, açılacak dava ile babanın koca olmadığını ispatlayan kadın kocanın rızası olmadan söz konusu gebeliğin sonlandırılmasını sağlayabilir. Şüphesiz, bu durum mutlak bir boşanma sebebi olan zinanın belgelendiği anlamına da gelir.

V. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINDA AYDINLATILMIŞ RIZA¹¹⁵

A) Tanım ve Kavram

Tıbbî müdahale kavramı, öğretilde, fiziksel veya psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliği taşımayan fiziksel veya psikolojik bozuklukları, şikâyetleri teşhis etmek, önlemek, iyileştirmek veya bunların etkisini azaltmak amacıyla yapılan her türlü müdahale olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶. Öğretilde yapılan bu tanım esas alınır, müdahalelerin sadece teşhis ve tedaviye yönelik olması gerektiği şeklinde bir anlam çıkarılabilir. Fakat günümüzde, rıza alınmak şartıyla gebeliğin sonlandırılması gibi teşhis veya tedavi amacı taşımayan müdahaleler de gerçekleştirilmektedir¹¹⁷. Gebeliğin sonlandırılması amacıyla yapılan tıbbî müdahalelerde, teşhis veya tedavinin yerini, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 2 nci maddesinde de belirtildiği üzere, nüfus planlamasına önem verilmesi, gebeliğin hasta yararına sonlandırılması gibi amaçlar almaktadır.

¹¹⁵ Aydınlatılmış rıza kavramını ifade etmek amacıyla öğretilde "*aydınlatılmış onam*", "*bilgilendirilmiş rıza*", "*aydınlatılmış onay*" gibi kavramlara yer verilmektedir. Ancak, kelime anlamı itibarıyla bu kavramlar aynı anlama gelmemektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bilgilendirme kavramı tercih edilmekle birlikte, aydınlatma bilgilendirmeyi de kapsayan bir üst kavramdır. Tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren, tıbbî müdahaleden önce verilen rızadır. Fakat, onay ve onam kavramları tıbbî müdahaleden sonra verilir ve tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmez, belki tazminat talebinden vazgeçme olarak değerlendirilebilir. Uygulamada, sıklıkla aydınlatılmış onam terimi kullanılsa da bahsi geçen açıklama gereği bu çalışmada *aydınlatılmış rıza* terimi tercih edilecektir.

¹¹⁶ **Şenocak**, s. 66; **Tacir**, Hamide. (2015). Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, *II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları" Sempozyumu*. 13-49, s. 13; **Altunkaş**, Aysun. (2015). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları, *II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları" Sempozyumu, Ankara*. 51-83, s. 51; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 52 (3), 55-77, s. 58, 59.

¹¹⁷ **Akbenlioğlu**, Sevgi. (2010). Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr> adresinden erişildi, s. 10, 33; **Kaya**, Mine. (2012). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (100), 45-82, s. 48; **Ateş**, Zeynep. Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, 24 Ağustos 2015 tarihinde sites.khas.edu.tr/tez/ZeynepAtes_izinli.pdf adresinden erişildi, s. 17.

Rızasız yapılan her tıbbî müdahale kural olarak kişilik haklarının ihlâli niteliğini taşır¹¹⁸. Ancak teşhis, tedavi veya nüfus planlaması ve gebeliğin sonlandırılması gibi amaçların gerçekleştirilmesi için kişilerin vücut bütünlüklerine müdahale etme zorunluluğu ortaya çıkarsa belirli şartların varlığı hâlinde yapılan bu müdahalenin hukuka uygun sayılması mümkündür¹¹⁹. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, tıbbî müdahalenin tıp biliminin verilerine göre zorunlu olması ve bu verilere uygun bir müdahalede bulunulması, tıbbî müdahalenin sağlık personeli¹²⁰ tarafından yapılması, müdahaleden önce müdahale yapılacak hastanın aydınlatıldıktan sonra rızasının alınması gerekir. Belirtilen şartların birinin yokluğu hâlinde dâhi yapılan müdahale hukuka aykırı hâle gelecektir. Kişinin beden bütünlüğüne yönelik bu tıbbî müdahalelerin hukuka uygun hâle gelebilmesi için kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde bu tıbbî müdahaleye rızası ise vazgeçilmez şart niteliğindedir¹²¹. Kişinin tıbbî müdahale hakkında rıza gösterebilmesi ve serbestçe karar verebilmesi için ise tıbbî müdahale hakkında aydınlatılmış olması gerekir ki aydınlatma yükümlülüğü aynı zamanda hekimin sözleşmeden kaynaklanan borcu niteliğindedir¹²².

¹¹⁸ Şenocak, s. 68; Ozanoğlu, s. 59; Kırımlioğlu, s. 28.

¹¹⁹ Aksi takdirde, sağlık personeli tarafından yapılan her tıbbî müdahale hukuka aykırı sayılacağı için bireylerin sağlıklı bir durumda bulunmaları mümkün olmazdı. Bkz., Petek, Hasan. (2013). *Sağlık Hukuku*, Ankara: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 59.

¹²⁰ İnsanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları teşhis ve tedavi etmek, ruhen, bedenen ve sosyal yönden tam bir iyilik hâlinin oluşturulmasını sağlamak amaçlarıyla doğrudan çalışan hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire gibi kişiler sağlık personeli olarak adlandırılabilir. Ancak, sağlık personeli olarak adlandırılan bu kişilerin mevzuat hükümlerince tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili kişilerden olup olmadıkları araştırılmadığıdır. Bkz., Petek, s. 60.

¹²¹ Ayan, Mehmet. (1991). *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Yayınevi, s. 71; Akbenlioğlu, s. 27; Tacir, s. 13; Yılmaz, Battal. (2009). Aydınlatılmış Rıza, *Sağlık Hukuku Digestası.1* (1), 167-180, s. 167; Kaya, s. 53; Işık Özcan, Funda. (2008). Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr> adresinden erişildi, s. 35; Özbilen, Arif Barış. (2013). Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 12* (24), 99-124, s. 100; Petek, s. 59.

¹²² Güney Tunali, s. 53; Kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı, hem Anayasanın 17 nci maddesiyle hem de Medenî Kanun'un 23 üncü maddesiyle kişilere tanınmıştır. Bu hükümlerle kişinin onuruna, özgürlüğüne, yaşam ve vücut bütünlüğüne hakkına saygı ve koruma yükümlülüğü öngörülmektedir. Tıbbî

Aydınlatma, kişinin, uzman personelce verilecek bilgilerle donatılması ve hastanın, uygulanması planlanan tıbbî müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir¹²³. Aydınlatılmış rıza ise rıza vermeye yetkili olan kişinin, tıbbî müdahalenin riskleri, yararları ve alternatifleri ile alternatiflerin de risk ve yararlarını kapsayan açıklamanın hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve rıza göstermeye yetkili kişi tarafından hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbî müdahalenin gönüllülükle kabulü olarak tanımlanmaktadır¹²⁴. Hasta ancak hukuken rıza gösterebileceği alanlara ilişkin olarak rıza verebileceği için hukuken rıza gösterilemeyecek bir alanda verilmiş rıza da tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmez.

B) Aydınlatılmış Rızanın Kapsamı

Aydınlatmanın usulüne uygun yapılması, tıbbî müdahaleye verilecek rızanın geçerli olması için gereklidir. Zira, usulüne uygun aydınlatma yapılmaması rızanın geçersizliğine, bu durum da tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığına neden olur. Aydınlatmanın usulüne uygun yapılabilmesi için ise kişiye uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin niteliği, kapsamı, önemi, yarar ve sakıncaları hakkında açıklamalarda bulunularak kişinin tıbbî müdahale hakkında karar verebilecek duruma getirilmesi gerekir¹²⁵.

müdahalede bulunan hekimin bu yükümlülükleri yerine getirebilmesi için ise hastayı aydınlattıktan sonra hastanın rızasını alması gerekmektedir. Bkz., **Petek**, s. 62.

¹²³ **Kaya**, s. 56; **Işık Özcan**, s. 36.

¹²⁴ **Petek**, s. 61. Aydınlatılmış rıza, rıza vermeye yetkili olan kişinin, tıbbî müdahale hakkında aydınlatma yapıldıktan sonra kararını, özgür iradesiyle açıklaması şeklinde de tanımlanabilir. Bkz., **Çobanoğlu**, Nesrin. (2009). Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam, *Sağlık Hukuku Digestası*. 1 (1), 70-86, s. 77.

¹²⁵ **Kırımhoğlu**, s. 28; **Işık Özcan**, s. 36; **Petek**, s. 62. Zira, tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren alelade bir rıza değil aydınlatılmış rızadır. Bkz., **Ayan**, s. 11. 13. HD. 18.9.2008, E. 2008/4519, K. 2008/10750, "... davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. ..." www.kararara.com adresinden 13.6.2015 tarihinde erişildi; 13. HD. 09.4.2014, E. 2013/30822, K. 2014/10772, "Sağlıkla ilgili her türlü girişimin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesi hâlinde yani özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabileceği, salt ameliyata rıza göstermenin yeterli olmadığı ayrıca, komplikasyonlar da izah edilerek önceden müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi suretiyle aydınlatılmış

Yani, kişiye tıbbî müdahale kararı üzerinde olumlu veya olumsuz etkide bulunabilecek her türlü açıklamada bulunulmalıdır. Bu durum, Hasta Hakları Yönetmeliği¹²⁶'nin 15 inci maddesinde, "*Hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir*" şeklinde ifade edilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15 inci maddesinden anlaşıldığı üzere, aydınlatmanın kapsamına öncelikle muayene sonucu elde edilen bulguların açıklanması, diğer bir deyişle "*teşhis aydınlatması*" girer. Teşhis aydınlatmasında, kişinin hasta olup olmadığı, hastaysa hastalığının türü ve özellikleri açısından aydınlatılması söz konusudur. Hekim, hastalık ağır ve ölümcül olsa dahi her türlü hastalığı hastasına söylemekle yükümlüdür. Ancak, hastanın yararı söz konusuysa teşhis aydınlatılması yapılmayabilir. Gerçekten hastaya hastalığının bildirilmesi hayatı ve sağlığı bakımından ciddi tehlikelere sebep olabileceği düşünülüyorsa, hastanın yararına teşhis aydınlatması sınırlandırılabilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir.¹²⁷ Aydınlatmanın kapsamına ikinci olarak kişinin tıbbî müdahale öncesi ve sonrası durumunun hastaya açıklanması, yani "*süreç aydınlatması*" girer. Bu aydınlatma türünde hastaya tıbbî müdahalenin türü, kapsamı, şekli ve kesin sonuçları gibi hususları ana hatlarıyla açıklar. Ayrıca hekimin, hasta tıbbî müdahaleye rıza göstermezse oluşabilecek olumsuz sonuçlardan ve hastalığının nasıl gelişeceğinden de bahsetmesi gerekir¹²⁸. Son olarak,

rızanın sağlanması gerektiği ..." www.kararara.com adresinden 13.6.2015 tarihinde erişildi.

¹²⁶ RG., 01.08.1998, S.23420.

¹²⁷ **Petek**, s. 63; Gerçekten, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir*".

¹²⁸ Örneğin, kanser olduğundan şüphelenilen bir hastanın kanser teşhisine ilişkin testi yaptırmasını tavsiye etmekle birlikte, yaptırmadığı takdirde ortaya çıkabilecek sonuçlardan bahsetmeyen hekimin aydınlatmayı tam anlamıyla yaptığından söz edilemez. Bkz., **Petek**, s. 64.

aydınlatmanın kapsamına kişiye uygulanması düşünülen tıbbî müdahale sonucu meydana gelebilecek geçici veya kalıcı yan etkiler hakkında yapılacak açıklamalar girer ki, bu aydınlatma da "*riziko aydınlatması*" olarak adlandırılmaktadır¹²⁹. Riziko aydınlatması kapsamında hekim, müdahale sonucu oluşan doğrudan etkiler haricinde tıbbî müdahale sonucu oluşabilecek riskler hakkında da hastayı aydınlatmalıdır. Bu bağlamda, hekim tüm muhtemel risklerden bahsetmek yerine somut olayın ağırlığına ve kapsamına göre genel hatlarıyla bilgilendirme yapmalıdır¹³⁰.

Aydınlatmanın kapsamıyla ilgili önem arz eden diğer bir husus aydınlatmanın ne ölçüde yapılacağıdır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde karar verebilmesi için tıbbî müdahale hakkında mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde aydınlatılması gerekir. Bu şekilde kapsamlı aydınlatma, ilerde hekimlere veya sağlık kuruluşlarına karşı açılacak davalarda aleyhlerine bir karar çıkmaması açısından faydalı olacağı söylenebilir. Bununla birlikte, ayrıntılı ve gereğinden fazla aydınlatılma, rıza gösterecek kişide paniğe ve kararsızlığa yol açacağı için kişi, tıbbî müdahaleye rıza göstermekten kaçınabilir. Böyle bir durumda, hekim kişinin karar vermesini sağlayabilecek nitelikteki bilgileri, mümkün olduğunca tıbbî terimler kullanmadan, hastanın anlayabileceği şekilde ve makûl ölçüde nazik bir ifadeyle kişiye aktarmalıdır¹³¹. Yeni yöntemlerin tercih edileceği müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişken; bilinen, yerleşmiş yöntemler kullanılırken veya hayatî tehlikenin bulunduğu, acil müdahalede bulunulması gereken durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı dardır¹³².

Bu açıklamalar ışığında, gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin rızanın geçerliliği, kadının, müdahalenin sebebi, önemi, sonuçları muhtemel tehlikeleri hakkında kapsamlı şekilde aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Hekim, gebeliğin sonlandırılması için rızası aranacak kişiyi, gebeliğin sonlandırılmasının gerekliliği, gebeliğin sonlandırılmasında tercih edilecek yöntem

¹²⁹ **Ayan**, s. 71, 72; **Tümer**, Ali Rıza, **Karacaoğlu** Emre, **Akçan**, Ramazan. (2011). Cerrahide Aydınlatılmış Onam İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Ulusal Cerrahi Dergisi*. 27 (4), 191-197, s. 193; **Tacir**, s. 23-25; **Işık Özcan**, s. 38.

¹³⁰ **Petek**, s. 64.

¹³¹ **Petek**, s. 62; **Ozanoğlu**, s. 71.

¹³² Şüphesiz, göze alınan riskin kapsamı genişledikçe aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da genişlemelidir. Göze alınan riskin kapsamının genişliği konusunda hastanın subjektif durumu göz önüne alınmalıdır. **Petek**, s. 65.

ve bu yöntemin özellikleri, gebeliğin sonlandırılması veya gebeliğin sonlandırılmaması hâlinde ortaya çıkabilecek sonuçlar ve riskler hakkında aydınlatmalıdır. Özellikle, sorunlu gebeliklerin sonlandırılması hakkında alınan riskin kapsamı genişlediği için aydınlatma yükümlülüğü artacaktır. Fakat annenin hayatı veya hayatî organlarından birinin tehlikede olduğu durumlarda aydınlatmanın kapsamının daralacağı söylenebilir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e ekli izin belgesine göre hekimin "*Rahim tahliyesi işleminin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsam ve konusu, sterilizasyon yaptıracak kişiye, eşine ya da vasiye anlatıldı*" şeklinde açıklamada bulunması gerekmektedir. Yine, izin belgesinde belirtildiği üzere rızası aranan kişilerin ise "*Müdahaleden önce, görevli doktorun tüm açıklamalarını dinledik. Rahim Tahliyesine rıza ve iznimiz olmadan girişilemeyeceği, bu işlemin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonları bize etraflıca anlatıldı. Bu konuda, sorumlulukların bize ait bulunduğu bilincinde olduğumuzu, hiçbir şiddet, tehdit, telkin ya da maddi ve manevi baskı altında olmaksızın rahim tahliyesini kabul ettiğimizi, gebeliğe son verme nedeniyle doğacak sonuçları gerek birbirimiz ve gerek doktor ve hastane aleyhine kullanmayacağımızı, sonucuna katlanacağımızı ve gebeliğe son verme işlemine rıza gösterdiğimizi beyan ederiz*" şeklinde bir rıza açıklamasında bulunmaları aranmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, aydınlatmanın usulüne uygun olması için öncelikle hasta ile hekimin karşılıklı tıbbî müdahale hakkında konuşması gerekmektedir. Bu bakımdan, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te belirtilen aydınlatılmış rıza niteliğindeki izin belgesinin içeriğini oluşturan aydınlatma hakkında hasta ile hekim konuştuktan sonra yazıya geçirebilirler. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te düzenlenen kapsamı önceden belirlenmiş izin belgesinin tam anlamıyla aydınlatmayı sağlamayacağı açıktır. Böyle bir durumda, hekim, tıbbî müdahale ile ilgili açıklamaları yaptıktan ve varsa hastanın tereddütlerini giderdikten sonra kişinin tıbbî müdahaleye rıza gösterdiğine dair yazılı rızasını alabilir. Ayrıca, izin belgesinde "*gebeliğe son verme nedeniyle doğacak sonuçları gerek birbirimiz ve gerek doktor ve hastane aleyhine kullanmayacağımızı, sonucuna katlanacağımızı*" şeklinde belirtilen rıza açıklaması geçersizdir. Çünkü bu yönde belirtilen rıza kişilik haklarına

aykırı nitelik taşır. Gerçekten, tıbbî müdahaleye gösterilen rıza Türk Medenî Kanunu'nun 23 üncü maddesinde "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*" şeklinde belirtilen sınırlamalara uygun olduğu sürece geçerli olur ve tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılar¹³³.

C) Aydınlatılmış Rızanın Şekli ve Zamanı

Aydınlatma, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak, aydınlatma tıbbî müdahalede bulunulacak olan kişinin kişisel özelliklerinden yola çıkılarak yapılacağı için sadece matbu aydınlatma metinleriyle yapılan yazılı aydınlatmalardan kaçınılmalıdır. Zira, matbu metinlerle yapılan aydınlatma ile kişiye tıbbî müdahalenin kapsamı hakkında yeterli bilgi verilememektedir. Bu yüzden, bu matbu metinler vasıtasıyla alınmış rızalar usulüne uygun olmadıkları için tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmezler. Bu kapsamda, usulüne uygun bir aydınlatma için hekimin hasta ile konuşarak hastanın tıbbî müdahaleyle ilgili soru ve beklentilerini belirlemesi ve buna ilişkin bir aydınlatma yapması gerekir¹³⁴. Bu şekilde, hekimin hastayı tıbbî müdahaleye ikna edebilmesinin kolaylaşacağı, aynı şekilde hastanın tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek hekim hakkında bir kanaate sahip olacağı söylenebilir. Hekimin hastayla karşılıklı konuşarak aydınlatmayı gerçekleştirmesinden sonra bu aydınlatmayı yazıya geçirerek hastaya imzalatması, usulüne uygun olacağı gibi ispat kolaylığı açısından da faydalı olacaktır¹³⁵.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rızanın izin belgesiyle açıklanmasını aramıştır. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te düzenlenen izin belgesine göre tıbbî müdahale için rızası aranan kişilerin adı ve soyadı, baba adı, doğum yeri ve tarihi, adresi, tıbbî müdahalede bulunacak doktorun açıklaması ve imzası, rızası aranan kişilerin tıbbî müdahaleye rıza gösterdiklerine dair kayıt ve imzalarının bulunması gerekir.

¹³³ Ayan/ Ayan, s. 90.

¹³⁴ Petek, s. 68. Aynı yönde bkz., Kaya, s. 53, 65; Yılmaz, s. 177; Ozanoğlu, s. 71; Ateş, s. 34.

¹³⁵ Tacir, s. 41; Ayan, s. 85; Işık Özcan, s. 101; Petek, s.68. Mevzuatta aranan şekil şartına uyulmaksızın alınan rıza sonucu gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun olacağına dair bkz., Petek, s. 71.

Aydınlatma, aydınlatılmış rızanın mahiyeti gereği tıbbî müdahaleden önce yapılmalıdır. Aydınlatma, kişinin süre açısından kendisini baskı altında hissetmeksizin tıbbî müdahale hakkındaki açıklamaları düşünüp serbestçe karar verebileceği makûl bir süre öncesinde yapılmalıdır¹³⁶. Bununla birlikte, rızanın hukukî sonuç doğurabilmesi için tıbbî müdahaleden önce ve en geç tıbbî müdahale anında açıklanması gerekir¹³⁷. Gebeliğin sonlandırılması açısından ise aydınlatma öyle bir zamanda yapılmalıdır ki, kişi hem tıbbî müdahale hakkında serbestçe düşünüp karar verebilmeli hem de verdiği karar doğrultusunda gebeliğin sonlandırılması açısından öngörülen süreleri dikkate alarak gebeliğin sonlandırılmasına başvurabilmelidir. Ayrıca, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesine göre küçükler için veliden, kısıtlılar için vasi ve sulh mahkemesinden rıza ve izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayatî organlardan birisini tehdit eden acil durumların varlığı hâlinde rıza ve izin şartları aranmaz¹³⁸.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun hâle getiren rıza, tıbbî müdahaleden önce verilen rıza olduğu için, tıbbî müdahaleden sonra verilen rıza tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Çünkü müdahaleden sonra verilen rıza artık tıbbî müdahaleye onay niteliği taşır. Bu durumda, tıbbî müdahaleden sonra verilen onay Türk Borçlar Kanunu¹³⁹'nun 52 nci maddesi gereğince tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak veya tıbbî müdahalede bulunan kişinin talep haklarından vazgeçmesi olarak değerlendirilebilir¹⁴⁰.

¹³⁶ **Ayan**, s. 83; **Altunbaş**, s. 74; **Özdemir**, Hayrunnisa. (2008). Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12 (3-4), 347-379, s. 365; **Tümer/ Karacaoğlu/ Akçan**, s. 194; **Kaya**, s. 64; **Yılmaz**, s. 64; **Ateş**, s. 32.

¹³⁷ **Altunbaş**, s. 76; **Ateş**, s. 31; **Işık Özcan**, s. 98. Ancak, tıbbî müdahalenin hemen öncesinde yapılan aydınlatmayla hastaya artık tıbbî müdahalenin seyrini değiştiremeyeceği izlenimi verilirse, bunun sonucunda verilen rıza kişinin kendi özgür iradesi sonucu olmayacağı için aydınlatmanın zamanında yapılmadığının kabulü gerekir. Bkz., **Petek**, s. 66.

¹³⁸ **Petek**, s. 67.

¹³⁹ RG., 4.2.2011, S. 27836.

¹⁴⁰ **Ayan/ Ayan**, s. 104; **Petek**, s. 59.

D) Aydınlatma Yükümlüsü Ve Aydınlatılmış Rızası Aranan Kişi

Aydınlatma yükümlülüğü, kural olarak vekâlet sözleşmesinin tarafı olan hekime yüklenmiştir. Hekim bu yükümlülüğünü bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir hekime bırakabilir¹⁴¹. Ancak, hekim dışındaki hemşire veya hastabakıcı gibi kişilere, o kişi tıbbî müdahaleyi yapacak yeterliliğe sahip olmadıkça, bırakamaz¹⁴². Farklı uzmanlık alanlarından bir grup hekimin aydınlatmayı içlerinden bir sorumluya devretmeleri mümkündür, ancak uygun olan her birinin kendi alanıyla ilgili aydınlatma yapmasıdır¹⁴³. Gebeliğin sonlandırılması açısından ise aydınlatmayı yapacak olan kişi gebeliğin sonlandırılması işlemini yapacak olan hekimdir¹⁴⁴. Örneğin, anesteziye bulunacak olan hekimin gebeliğin sona erdirilmesi bakımından aydınlatma yapması beklenemez, fakat anesteziye ilişkin aydınlatma yükümlülüğü anestezi hekiminin üzerindedir.

Üzerinde tıbbî müdahale gerçekleştirilecek kişinin rızası, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı niteliği taşıdığından aydınlatmanın da bu kişiye yönelik olarak yapılması gerekmektedir¹⁴⁵. Öte yandan tıbbî müdahaleye rıza gösterecek kişinin rıza göstermeye ehil olması gerekir. Yani, rızası aranan kişinin uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin mahiyetini ve önemini kavrayabilecek, fayda ve zararlarını tartarak serbestçe karar verebilecek bir durumda olması gerekir¹⁴⁶. Bu bağlamda, tam ehliyetliler her türlü tıbbî müdahaleye tek başlarına rıza gösterebilirler. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlılarda ise küçüğün ve kısıtlının rızası ile bunların kanunî temsilcilerinin de rızası gerekir. Tam ehliyetsizler açısın-

¹⁴¹ Tedaviyi uygulayacak olan hekim aydınlatma yükümlülüğünü başka bir hekime bıraksa bile, tedaviyi uygulayacak olan hekimin hukukî sorumluluğu devam edecektir. Bkz., **Petek**, s. 66.

¹⁴² **Ayan**, s. 82; **Altunbaş**, s. 73; **Özdemir**, s. 364; **Işık Özcan**, s. 94; **Petek**, s. 66.

¹⁴³ **Kaya**, s. 63; **Yılmaz**, s. 176; **Ozanoğlu**, s. 72.

¹⁴⁴ Burada, ayrıca hekimin özerklik ilkesi bağlamında etik olmayan veya tıbbî geçerlik kazanmış prensipler nedeniyle gebeliği sonlandırmayı reddetme hakkına saygı duyulması gerektiği ifade edilebilir. Bkz., **Acıduman**, s. 31; **Babalıoğlu**, Rabia. (2012). Kürtaj Yapmama Hakkı, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. (24), 42-43, s. 42, 43.

¹⁴⁵ **Petek**, s. 65. Uygulamada, tıbbî müdahale uygulanacak kişi rıza vermeye ehil olduğu hâlde yakınlarına yönelik aydınlatmaların sonucunda alınan rıza tıbbî müdahaleyi hukuken uygun hâlde getirmez. Bkz., **Altunbaş**, s. 70.

¹⁴⁶ **Çobanoğlu**, s. 78; **Işık Özcan**, s. 80.

dan ise rızası aranacak kişi tam ehliyesiz kanunî temsilcisidir¹⁴⁷. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı ile kanunî temsilcisinin kararlarının uyuşmadığı durumlarda, küçük veya kısıtlı müdahalenin önemini kavrayabilecek bir durumdaysa tıbbî müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliği taşıdığı için onun kararına üstünlük tanınmalıdır¹⁴⁸.

Gebeliğin sonlandırılması açısından öncelikle tıbbî müdahaleye maruz kalacak gebe kadına yönelik aydınlatma yapılması ve gebe kadının rızasının alınması gerektiği açıktır. Tıbbî müdahale için gebe kadın dışında rıza alınması gereken kişiler, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde belirtilmiştir. Hükme göre, "...belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır". Dolayısıyla, gebe kadın dışında, gebe kadın küçükse velisinin, kısıtlıysa vasisiyle sulh hâkiminin aydınlatılması ve rızalarının alınması gerekmektedir. Eğer gebe kadın evliyse ayrıca eşinin de aydınlatılması ve rızasının alınması gerekir. Daha önce de ifade edildiği gibi gebeliğin sonlandırılması konusunda bu kişilerin izninin aranması gebeliğin sonlandırılmasının uygulanmasını zorlaştırmakta ve kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkını sınırlandırmaktadır. Esasen tıbbî müdahale hakkında ayırt etme gücüne sahip kişi yerine onun yakınlarının aydınlatılarak rızalarının alınması, kişiye ait bilgilerin başkaları ile paylaşılması anlamına gelir. Zira, kişinin sağlığı ile ilgili bilgilerin başkaları ile paylaşılması mahremiyet hakkının ihlâli niteliği taşır¹⁴⁹. Bu durumda, gebeliğin sonlandırılması açısından, ayırt etme gücüne sahip kişiler yerine, kişinin mahremiyet hakkı ihlâl edilerek kişinin kanunî temsilcisinin aydınlatılması ve rızasının

¹⁴⁷ Ayan, s. 82; Tümer/ Karacaoğlu/ Akçan, s. 194; Özdemir, s. 363; Ozanoğlu, s. 72; Kaya, s. 63; Yılmaz, s. 176; Petek, s. 65.

¹⁴⁸ Akbenlioğlu, s. 158; Işık Özcan, s. 84; Aydın, Murat. (2011). Çocuk Düşürme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 19 (2), 69-100, s. 87.

¹⁴⁹ 7. HD. 10.9.2014, E. 2014/8865, K. 2014/16645, "... Feshe dayanak yapılan olaya ilişkin olarak davacıdan alınan yazılı savunmasında, davacı hastanın kimliğini öğrendiğinde kürtaj olan hastanın arkadaşının kızı olduğunu, arkadaşı duyarsa çok üzüleceğini söylediğini kabul etmekte olup davacının bu sözleri de hasta mahremiyetini ihlal mahiyetinde olup davalı feshi haklıdır. Bu nedenle davacının ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır. ...", <http://www.kazanci.com/> adresinden 26 Ağustos 2015 tarihinde erişildi.

aranması hukuka aykırı nitelik taşır. Bu nedenle, kural olarak gebeliğin sonlandırılması nedeniyle ayırt etme gücüne sahip gebe kadının aydınlatılması ve sadece onun rızasının alınması hem mahremiyet hakkına hem de kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına daha uygun olacaktır. Ancak, gebe kadının eşinin aydınlatılması mahremiyet hakkının ihlâli olarak değerlendirilmemelidir. Zira, gebeliğin sonlandırılması gibi evlilik birliğini ilgilendiren önemli bir konuda, eşin aydınlatılması ve gebeliğin sonlandırılması hakkında birlikte karar vermeleri daha isabetlidir¹⁵⁰.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 14 üncü maddesinde¹⁵¹ belirtildiği üzere ayırt etme gücüne sahip olmayan kadının gebeliğinin sonlandırılması için rızası aranmayacaktır. Onun yerine kanunî temsilcisinin ve sulh hâkiminin aydınlatılması ve rızalarının alınması gerekir. Bununla birlikte, bu rızanın alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hâllerde izin şartı aranmaz.

¹⁵⁰2. HD. 22.1.2013, E. 2012/15294, K. 2013/1405, "... Yapılan tahkikat ve toplanan delillerden, kocanın eşini ailesiyle birlikte oturmaya zorlayıp, ailesinin evlilik birliğine karşı müdahalesine kayıtsız kaldığı; buna karşılık kadının da kocasının olurluğunu almadan, hamileliğini kürtajla sonlandırdığı, böylece boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların eşit kusurlu oldukları anlaşılmaktadır. ...", <http://www.kazanci.com/> adresinden 26 Ağustos 2015 tarihinde erişildi; 2. HD. 10.9.2012, E. 2012/14258, K. 2012/20616, "... Mahkemeye "boşanmaya sebep olan olaylarda taraflar eşit kusurlu" kabul edilmiş ise de, davalı-karşı davacı kocanın sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarda bulunduğu, eşini ve ailesini tehdit ettiği; davacı- karşı davalı kadının da kocasının rızası dışında kürtaj yaptırdığı ve ailesinin evlilik birliğine müdahalesine sessiz kaldığı anlaşılmaktadır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda davalı-karşı davacı kocanın daha ziyade kusurlu olduğunun kabulü gerekirken, davacı-karşı davalı kadınla eşit kusurlu sayılması ve Türk Medeni Kanununun 174/1. ve 2. maddesi koşulları kadın lehine oluşturduğu halde, davacı-karşılık davalının maddi ve manevi tazminat isteklerinin reddedilmesi doğru bulunmamıştır. ...", <http://www.kazanci.com/> adresinden 26 Ağustos 2015 tarihinde erişildi.

¹⁵¹ Hükme göre, "Akıl malûliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. Veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hâllerde izin şartı aranmaz".

E) Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesinin Sonuçları

Aydınlatma, hem sözleşmeden doğan bir yükümlülük hem de tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getirecek açıklama niteliğini taşır. Hekimin bu yükümlülüğü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sonucu rıza alınmaksızın veya geçersiz rızaya dayanarak hekimin uyguladığı tıbbî müdahale hukuka aykırı olur. Bu durumda, yapılan müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun veya hastanın yararına yapılmış olması müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz¹⁵². Hekimin aydınlatmada yanlış bilgiler vermesi veya yanlış teşhise yönelik aydınlatma yapması kendi hatasından kaynaklanıyorsa aydınlatma yapılmamış sayılır ve bu durumda yapılan müdahale de hukuka aykırı nitelik taşır¹⁵³. Şüphesiz,

¹⁵² Petek, s. 70.

¹⁵³ 13. HD. 21.12.2006, E. 2006/13122, K. 2006/16638, "... Somut olayda, davacılar davalı doktorun hamileliği takip sırasında görmesi gereken sakatlığı tespit edememesi ve kendilerine bilgi vermemesi sebebiyle davalının kusurlu olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davalı ise çocuğun sakat doğmasından kendisine kusur izafe edilemeyeceğini, sakatlığın hamilelik takibinde gözden kaçabileceğini savunmuştur. Mahkemece aldırılan 30.12.2005 tarihli Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporunda, dosyadaki bilgi ve belgeler özeltendikten sonra sonuç olarak mevcut ekstremite anomalisinin intra-uterin tespit edilemeyebileceği, tespiti halinde de tıbbi rahim tahliye endikasyonu oluşturmayacağı mütalaa edilmiştir. Davalı doktor, çocuğun sol kol dirsek altındaki kemiğinin bulunmaması ve elinin prematüre olup bilek yerine dirsekte olmasından doğrudan sorumlu değil ise de, hamileliğin takibi sırasında belirlenmesi mümkün olan arızanın zamanında fark edilmemesi sonucu davacıların uğradığı zarardan kusuru var ise sorumludur. Davacıların, sağlıklı bir çocuk sahibi olmayı beklerken bir kolu sakat olan bir evlat sahibi olduklarını görmeleri ve bu duruma hazırlıksız olmaları, giderek hamilelik döneminde bu sakatlığın giderilmesi veya hamileliğin sonlandırılması ihtimallerini değerlendirememiş olmaları nazara alındığında bir zarara uğradıklarının kabulü gerekir. Adli Tıp raporunda, bu arızanın tespiti halinde dahi tıbbi rahim tahliye endikasyonu oluşturmayacağı belirtilmiş ise de bu görüşün dayanakları ve gerekçeleri açıklanmamış olup esasen hamileliğin sonlandırılması için yeterli bir sakatlık olmasa bile, davacılar böyle bir sakatlığı önceden bilme hakkına sahiptir. Yine adli tıp raporunda mevcut anomalinin anne karnında tespit edilemeyebileceği görüşü de dayanağı ve gerekçesi açıklanmamış bir görüştür. Davalının hamileliği takip sırasında yapması gereken rutin kontrollerin neler olduğu, davalının bunlardan hangilerini yaptığı, hangilerini yapmadığı, dosya içinde bulunan hamilelik dönemine ait ultrason görüntülerinden bu anomalinin tespit edilmesi gerekip gerekmediği, takip sırasında bebeğe ait verilerin, organların gelişimlerinin saptanarak kaydedilip kaydedilmediği, davalının ne şekilde görevini yerine getirip getirmediği hususlarında bir tespit yapılmadığından Adli Tıp Raporu yetersiz

hukuka aykırı müdahale sonucu hekimin hukukî ve cezaî sorumluluğu söz konusu olur¹⁵⁴. Ayrıca, hekimin kamu personeli olması durumunda disiplin sorumluluğundan da söz edilebilir.

Hekim, öncelikle hukuka aykırı tıbbî müdahale sonucu ortaya çıkan maddî ve manevî zararları tazmin etme yükümlülüğü altına girer. Maddî zarar, kişinin malvarlığı değerlerinde istemeden meydana gelen azalmadır¹⁵⁵. Manevî zarar ise kusurlu bir fiil sonucu kişilik hakkına yapılan müdahale nedeniyle kişinin hissettiği ıstırap ve acıları ifade etmektedir¹⁵⁶. Tıbbî müdahale sonucu bir zarar meydana gelmemesi hâlinde maddî zararın o güne kadar yapılan harcamalar üzerinden talep edilebilecektir¹⁵⁷. Aydınlatmanın yapılmaması sonucunda bir zarar meydana gelmese de kişilik hakkı ihlâlî oluşturduğu için manevî tazminat talep edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁵⁸ aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekime sırf bu sebeple bir kusur yüklenemez, dolayısıyla tazminat talebinde bulunmak mümkün değildir¹⁵⁹. Daha tutarlı olan diğer görüşe göre¹⁶⁰ ise hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemekle kişilik haklarını ihlâl etmiştir. Manevî bir zararın varlığı hâlinde kendisinden tazminat talep edilebilecektir.

Yapılan açıklamalar sonucu aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmeden alınan rıza ile gebeliğin sonlandırılması amacıyla yapılan tıbbî müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda, öncelikle gebeliğin

olup davalının kusuru bulunmadığına ve davanın reddine dayanak yapılamaz. ...", <http://www.kazanci.com/>, adresinden 26 Ağustos 2015 tarihinde erişildi.

¹⁵⁴ **Tacir**, s. 43; **Söğüt**, İpek Sevda. (2015). Özelliği Olan Bazı Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, *II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları" Sempozyumu*. 87-110, s. 100; **Akbenlioğlu**, s. 169; **Işık Özcan**, s. 135.

¹⁵⁵ **Kılıçoğlu**, Ahmet Mithat. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18.bs.). Ankara: Turhan Kitapevi, s. 300.

¹⁵⁶ **Demir**, Mehmet. (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 57 (3), 225-252, s. 248; **Şahin**, Ayşenur. (2011). Vücut Bütünlüğünden Doğan Zarar ve Tazmini, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15 (2), 123-165, s. 144; **Kılıçoğlu**, s. 300.

¹⁵⁷ **Güney Tunalı**, s. 82.

¹⁵⁸ **Yılmaz**, s. 179.

¹⁵⁹ Hekimin aydınlatma yapması veya tam yapması hâlinde dahi hasta tıbbî müdahaleye rıza gösterecek idiye aydınlatmanın eksikliği veya yokluğu ile rıza arasında nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesiyle hekimin sorumlu tutulamayacağına dair bkz., **Petek**, s. 70.

¹⁶⁰ **Söğüt**, s. 100; **Akbenlioğlu**, s. 168; **Işık Özcan**, s. 142.

sonlandırılması nedeniyle gebeliğin o güne kadarki takibi ve sonlandırılması için yapılan harcamalar ile gebelik büyük maliyetleri olan yardımcı üreme teknikleri ile oluşturulmuş ise bunun için yapılmış harcamalar maddî zarar kapsamında değerlendirilebilir. Gebeliğin oluşmasına engel hastalıkların tedavisi için yapılan harcamalar, sonlandırılan gebeliğin oluşmasıyla doğrudan ilişkilendirilebilirse, maddî tazminat kalemi olarak kabul edilebilir¹⁶¹. Gebeliğin sonlandırılması sonucu ortaya çıkan komplikasyonlar nedeniyle kadının eski sağlığına kavuşmak için katlandığı ameliyat, tedavi, konaklama, ulaşım giderleri de bu kapsama dâhil edilebilir. Ayrıca, gebeliğin sonlandırılması nedeniyle oluşan çalışma gücünün kaybı ve buna bağlı olarak kazanç kaybı da maddî zarar kapsamında talep edilebilir¹⁶². Manevî zarar ise gebeliğin sonlandırılması sonucu manevî değerlerin ihlâl edildiği gerekçesiyle talep edilebilir. Gebeliğin sonlandırılmasıyla birlikte kadının rahmi de alınmışsa bundan sonra çocuk sahibi olmayacağı için, manevî tazminat talep edebilmesi mümkündür¹⁶³.

Hukuka aykırı tıbbî müdahale sonucu sorumluluk, tıbbî müdahalenin özel hastanede veya kamu hastanesinde yapılmasına açısından farklılık arz etmektedir. Özel hastanede yapılan tıbbî müdahalelerden doğan sorumluluk bir sözleşme ilişkisine, vekâletsiz iş görme ilişkisine veya haksız fiil ilişkisine dayandırılabilir. Bu durumda, tıbbî müdahale nedeniyle, sözleşmeye aykırılığa dayanan tazminat davaları sözleşmenin ifa edileceği yerdeki (HMK.m.10) veya davalının yerleşim yeri (HMK.m.6) asliye hukuk mahkemesinde açılabilir¹⁶⁴. Haksız fiil sorumluluğuna daya-

¹⁶¹Gebeliğin oluşması için çoğu zaman kadın gibi erkek de bazı tıbbî müdahalelere katlanmak zorunda kalmaktadır. Böyle durumlarda, erkek her ne kadar doğrudan haksız fiile uğrayan kişi veya hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin tarafı değilse de gebeliğin sonlandırılması nedeniyle uğradığı zararların karşılanması gerekir. Bkz., **Güney Tunali**, s. 83.

¹⁶²**Güney Tunali**, s. 82.

¹⁶³**Güney Tunali**, s. 84. 13. HD. 17.12.2002, E. 2002/11314, K. 2002/13615, "... kürtaj ve apandisit ameliyatları masrafları Şişli Etfal Hastanesinde yaptığı masrafları, evde iyileşme döneminde yapılan ilaç, pansuman, bakıcı masrafları ile ileride tekrar çocuk sahibi olabilmek için yapılması gerekli ameliyat ve gereğinden fazla ameliyat izi nedeniyle yapılacak estetik ameliyat masrafları toplamı 2.882.000.000 TL maddî zarar ile 2.000.000.000 TL manevî tazminatın 12.12.1996 tarihinden itibaren faizi ile davalılardan tahsilini..." <http://www.kazanci.com/> adresinden 26 Ağustos 2015 tarihinde erişildi.

¹⁶⁴Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2 nci maddesine göre, "Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkeme-

nan tazminat davaları ise, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde (HMK.m.16), ayrıca kişilik ihlâline sebep olduğu gerekçesiyle davacının yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde açılabilir. Sözleşmeye aykırılığa dayanan tazminat talepleri, tıbbî müdahalenin niteliğine göre Türk Borçlar Kanunu'nun 146 ncı maddesi gereğince genel zamanaşımı olan on yılda veya Türk Borçlar Kanunu'nun 147 nci maddesi kapsamında sayılan durumlarda beş yılda zamanaşımına uğrar¹⁶⁵. Haksız fiile dayanılarak açılan tazminat talepleri ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 72 nci maddesinde düzenlenen zamanaşımı sürelerine tâbidir. Hükme göre, *"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, taz-*

sidir. Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir".

¹⁶⁵ 4. HD. 29.5.1997, E. 1997/1980, K. 1997/5767, "...Dava, davalılardan Şerif Ali dışında kalanların davalı doktorla el ve işbirliği içine girmek suretiyle düşük süsü vermek suretiyle eşine kürtaj yaptırdıklarını ileri sürerek tazminat isteminde bulunmuştur. Davalılardan Vesile ve İsmail zamanaşımı def'inde bulunmuşlar, diğerleri ise bu konuda bir savunma ileri sürmemişlerdir. Mahkemece dava zamanaşımı nedeniyle reddedilmiştir. Davacının iddia ettiği eylem niteliği itibariyle incelenmeli suç teşkil ettiği anlaşıldığı takdirde uzamış (ceza) zamanaşımının uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulması gerekmektedir birlikte diğer davalılarında zamanaşımı def'i olmadan iddianın tümünden zamanaşımından reddedilmiş olması doğru değildir..." (<http://www.kazanci.com/> adresinden 26 Ağustos 2015 tarihinde erişildi; 13. HD. 19.4.2007, E. 2006/15155, K. 2007/5635, "... 9.9.1995 tarihinde yapılan kürtaj operasyonu sırasında bitkisel hayata girdiği, yapılan tanı ve tedavi sürecinden sonra 6.5.1996 tarihinde de hastaneden taburcu edildiği, rahatsızlığında gelişen ve artan bir durumun olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının, zarara uğradığını en geç hastaneden taburcu edildiği 6.5.1996 tarihinde öğrendiğinin kabulü gerekir. Zararın varlığının öğrenildiği tarihte davacının dava açma hakkı doğar ve zamanaşımı da işlemeye başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır. Bu durumda somut olayda 6.5.1996 tarihinden itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlamıştır. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. BK. nun 126/4 maddesine göre vekalet sözleşmesinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Davacının, 16.12.2005 tarihli ishah dilekçesi ile istediği 132.972,98 YTL'lik talebi, beş yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra yapıldığından reddi gerekir. Mahkemece, ıslahla istenilen miktarın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. ..." <http://www.kazanci.com/> adresinden 26 Ağustos 2015 tarihinde erişildi.

minat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır".

Kamu hastanesinde yapılan tıbbî müdahaleler nedeniyle doğan sorumluluk, hasta ile hekim veya hastane arasında özel hukuk açısından bir ilişki söz konusu olmadığı için sözleşmesel veya sözleşme dışı sorumluluğa dayandırılmaz. Zira, kamu hastaneleri, kamu yararına hizmet etmek amacıyla kurulan ve özel hastanelerden farklı olarak kazanç elde etme amacı taşımayan kuruluşlardır. Bu durumda, tıbbî müdahale sonucu hasta ile kamu hastanesi arasında kamu hukuku ilişkisi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, tıbbî müdahale nedeniyle zarara uğrayan kişilerin, Devlet veya ilgili kamu hukuku tüzel kişilerine karşı idare hukuku esasları çerçevesinde dava açmaları gerekecektir.

Aydınlatmanın yapıldığının ispatı hekimin üzerindedir. Medenî Kanununun 6 ncı maddesine göre, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*". Hekimin aydınlatmayı yaptığını ispatlamasıyla verilen rıza geçerli olacak ve yapılan tıbbî müdahale hukuka uygun kabul edilecektir. Aydınlatmanın yapılmış olması hekimin yararına olduğu için aydınlatmanın yapıldığına dair ispat yükünün onun üzerinde olması doğaldır¹⁶⁶. Zira, gebeliğin sonlandırılması amacıyla yapılan tıbbî müdahaleler için hekim tarafından yapılan aydınlatma ve kişilerin açıkladığı rıza Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te matbu izin belgesi aracılığıyla alınmaktadır. Aydınlatma işlemi hekim tarafından yapılacağından ve aydınlatılmış rızaya ilişkin belgeler hekimde olacağından bu da ispat yükünün hekimin üzerinde olmasını desteklemektedir.

¹⁶⁶ Petek, s. 70; Güney Tunalı, s. 96,97.

VI. SONUÇ

Gebeliğin sonlandırılması, tarih boyunca tartışılan bir konu olmuştur. Zaman içerisinde değer yargıları değiştiğinden, ayrıca kişilerin ve toplumların çeşitli ihtiyaçları sebebiyle gebeliğin sonlandırılması hakkında mutlak ve genel bir kural koymak imkânsızdır. Türk Hukukunda gebeliğin sonlandırılması Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da, bu kanuna dayanarak çıkarılmış Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmişse de bu düzenlemelerin ihtiyaca yeterince cevap vermediği ifade edilmelidir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasında annenin sağlığı açısından tehlike bulunmaması ve gebeliğin on haftayı doldurmamış olması hâlinde gebeliğin sonlandırılmasına izin vermiştir. Ancak, gebeliğin sonlandırılmasına gebeliğin onuncu haftasına kadar izin verilmesi, henüz kadının gebe olup olmadığının bile kesin olarak belli olmadığı bir dönemde gebeliğin geleceği hakkında düşünüp karar vermesini beklemekten anlamına gelir. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin on haftalık sürenin hesaplanmasında, hükümde gebelikten itibaren on haftalık süre içinde denilmesine rağmen, sağlık personelinin bu hükmü yanlış yorumlayarak son âdet tarihini esas alan süreyi hesaplamaları gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasına başvurulmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, gebelik yaşının başlangıcının belirlenmesi amacıyla tereddüde yer vermeyecek bir ifadeye, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te gerekli değişiklik yapılarak yer verilmesi gereklidir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da düzenlenen sorunlu gebeliklerin sonlandırılması açısından ise Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te belirtilen liste dışındaki özel durumların varlığı hâlinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemektedir. Ancak, listede gebeliğin sonlandırılmasını gerektirebilecek birçok özel duruma yer verilmemiştir. Oysa kadının hayatı ile sağlığının söz konusu olduğu durumlarda listede sayılan özel bir durumun varlığı aranmaksızın gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, kadının fiziksel ve ruhsal sağlığını olumsuz etkilediği için sorunlu gebelikler açısından sadece belirtilen listedeki durumların varlığından çok hekimin raporu doğrultusunda gebeliğin sonlandırılmasına karar verilme-

lidir. Bu konuda, takdiri hekimlere bırakmak en uygun çözüm olsa gerektir. Sorunlu bir gebeliğin varlığı hâlinde, ceninin haklarını korumak amacıyla vesayet makamı tarafından cenine bir kayyım atanması öngörülebilir. Cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasına Türk Ceza Kanunu kapsamında yirmi haftaya kadar izin verilmekte ise de Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da bu konuda hüküm olmadığı için Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel bir değişikliğe gidilmelidir. Çünkü, bu durum uygulamada kadınların gebeliğin sonlandırılmasına başvurmasını zorlaştırmaktadır. Ayrıca, gebeliğin cinsel saldırı sonucu oluştuğunun kim tarafından belirleneceği konusunda açıklık yoktur. Mahkeme kararının aranması hâlinde yirmi haftalık süre dolacağı için kadının gebeliğin sonlandırılmasına başvurması mümkün olmayacaktır. Bu noktada, gebeliğin cinsel saldırı sonucu oluştuğunun hekim raporuyla tespit edilmesi kanunda öngörülen sınırlayıcı düzenlemeye nazaran kadının gebeliğin sonlandırılması hakkını kullanması açısından daha isabetlidir. Ayrıca, cinsel saldırı hâlinde gebeliğin sonlandırılmasına yirmi haftaya kadar müsaade edilmesi şartı haklı sebeplerin varlığı hâlinde aranmayabilir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da gebeliğin sonlandırılması için herhâlde aranan eşin rızası ise kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkını sınırlandırdığı için "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" gibi uluslararası sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil eder. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da aranan eşin rızası kadının resmî eşi açısından öngörülmüştür. Bu sorun gebeliğin sonlandırılması gibi önemli bir konuda anlaşamayan eşlerce hâkimin müdahalesinin alınması ile giderilebilir. Eşin izninin aranması kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının sınırlanması niteliğinde olmakla birlikte evlilik dışı oluşan gebeliğin sonlandırılması durumunda, sırf gebeliğin evlilik dışında oluşması nedeniyle, biyolojik babaya söz hakkı tanımamak hakkaniyete aykırıdır. Erkeğin bir daha çocuk sahibi olamayacağı bir durumda rızası alınmaksızın evlilik dışı oluşan gebeliğin sonlandırılması, çocuk sahibi olma hakkının ihlâli olarak değerlendirilebilir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun küçüğün veya kısıtlının gebeliğin sonlandırılması açısından, ayırt etme gücüne sahip kişiler yerine, kişinin mahremiyet hakkı ihlâl edilerek kişinin kanunî temsilcisinin aydınlatılması ve rızasının alınmasını aramıştır. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı ile kanunî temsilcisinin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin iradelerinin uyuşmaması durumunda, gebeliğin sonlandırılması işlemi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir

hakkın kullanımı niteliğinde olduğu için, küçüğün veya kısıtlının kararına saygı gösterilmeli ve onun kararı üstün tutulmalıdır.

Türk Medenî Kanunu'na göre cenin sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kişilik kazanır. Öğretide, çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre bu şart geciktirici şart niteliği taşıdığı için ceninin kişilik kazanması sağ ve tam doğum şartına bağlıdır. Bu durum karşısında gebeliğin sonlandırılması açısından yaşayan ve kişilik haklarına sahip olan kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı yasal sınırlar çerçevesinde ceninin geleceğe dönük yaşama umudundan üstün tutulmuştur. Zira, bir kadın anne olmaya hazır olup olmadığına kendisi karar verebilir ve istemediği bir gebeliği kadına dayatan yasal düzenlemeler kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkını ihlâl etmektedir. Gebeliğin sonlandırılması açısından herhangi bir süre veya izin şartı aranmaması kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına uygun olmakla birlikte bu hakkın bazı açılardan kısıtlamaya tâbi tutulması da zorunludur. Bu sınır ise gebeliğin isteyerek sonlandırılması açısından tıp bilimi ile uğraşanların çoğunluğu tarafından on iki hafta olarak kabul edildiğinden bu süre makûl görülebilir. Bu haftadan sonra ceninin gelişimi de göz önüne alındığında gebeliğin isteyerek sonlandırılması etik ve evrensel sayılabilecek ahlâkî değerlerle de bağdaşmaz. Ancak, gebeliğin sonlandırılması için daha üst bir sınır getirildiği takdirde, on haftadan sonra cinsiyet tayini sonucunda, kişilerin cinsiyete bağlı olarak gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasına başvurabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Esasen eğitim seviyesi düşük olan kadınların toplumsal baskı nedeniyle hekime gitmeksizin yaptıkları düşüklerin önüne geçmek amacıyla aile planlamasına dair eğitim programları düzenlenmelidir. Bu kapsamda, etkin aile planlaması yöntemlerinin yaygınlaştırılarak bu yöntemlere mümkün olduğunca ücretsiz ulaşımın sağlanması zorunluluk arz etmektedir. Bu şekilde, toplumsal bilinç uyandırılmalı ve gebeliğin sonlandırılmasının bir aile planlaması yöntemi olarak kullanılmasının önüne geçilmelidir. Nihayet, mevcut yasal düzenlemeler güçlendirilerek kadınların gebeliğin sonlandırılması hizmetinden ücretsiz yararlanmaları sağlanmalıdır. Böylece, gebeliğin güvenli olmayan şekilde sonlandırılmasının sebep olduğu kadın ölümlerinin en aza indirilmesi söz konusu olabilir.

Son olarak, tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren ve niteliği gereği tıbbî müdahaleden önce verilen aydınlatılmış rızaya değinilmelidir. Uygulamada, sıklıkla kullanılan aydınlatılmış onam, aydınlatılmış rızanın

aksine tıbbî müdahaleden sonra verilen onay niteliği taşıdığı için tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmez. Dolayısıyla, aydınlatılmış onam olarak ifade edilen kavram yerine aydınlatılmış rıza terimini tercih edilmelidir. Gebeliğin sonlandırılması kadın üzerinde gerçekleşen bir tıbbî müdahale niteliğinde olduğu için kadının aydınlatılmış rızasının alınmaması bu müdahaleyi hukuka aykırı hâle getirir. Aydınlatma, kişiye uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin niteliği, kapsamı, önemi, yarar ve sakıncaları hakkında açıklamalarda bulunularak kişinin tıbbî müdahale hakkında karar verebilecek duruma getirilmesidir. Aydınlatmanın kapsamı kişiden kişiye değişebileceği için standart metinler içeren matbu formlar kullanılarak yapılan aydınlatma, usulüne uygun olarak yapılmadığı için tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığına etki etmeyecektir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te belirtilen izin belgesinde gebeliğin sonlandırılmasının sonuçlarının hekim ve hastane aleyhine kullanılmayacağına dair kayıt ise Medenî Kanununun 23 üncü maddesi gereğince geçersiz olacaktır.

Aydınlatmanın hiç yapılmaması veya eksik yapılması sonucu alınan rıza ile rıza alınmaksızın yapılan tıbbî müdahaleyi hukuka uygun olmaya-çağı için hekim açısından hukukî, cezaî ve kamu kurumlarında çalışan hekimler için disiplin sorumluluğu gündeme gelecektir. Böyle bir durumda, özel hastanede çalışan hekimin dayanılan hukukî ilişkinin niteliğine göre, sözleşme ilişkisi, vekâletsiz iş görme ilişkisi veya haksız fiil ilişkisi çerçevesinde sorumluluğuna gidilebilir. Yapılan hukuka aykırı gebeliğin sonlandırılması işlemi sonucunda ortaya çıkan zararlar, gebeliği sonlandırılmasına kadar yapılan ve gebeliğin sonlandırılmasıyla ilişkilendirilebilen harcamalar, kazanç kayıpları nedeniyle maddî tazminat ve duyulan üzüntünün hafifletilmesi, bir daha çocuk sahibi olunamayacağı gerekçesiyle manevî tazminat talebinde bulunulabilir. Kamu hastanesinde çalışan hekimin tıbbî müdahalesi nedeniyle zarara uğrayan kişilerin, Devlet veya ilgili kamu hukuku tüzel kişilerine karşı idare hukuku esasları çerçevesinde dava açmaları gerekecektir. Şüphesiz, bu durumda, hekimin disiplin sorumluluğu da söz konusu olacaktır.

KAYNAKLAR***

- “2013 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması”, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, T.C. Kalkınma Bakanlığı ve TÜBİTAK, 8 Temmuz 2015 tarihinde www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA_2013_ana_rapor.Pdf adresinden erişildi.
- Aciduman, Ahmet.** (2014). Tıp Etiği Açısından Kürtaj. *V. Sağlık Hukuku Kurultayı 1-2 Kasım 2013, Ankara.* 17-34.
- Aile Planlaması, Aile Planlamasının Temel Amaçları. 24 Ağustos 2015 tarihinde http://www.gata.edu.tr/ureme_sagligi/aile_planlama.htm adresinden erişildi.
- Akbenlioğlu, Sevgi.** (2010). Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr> adresinden erişildi.
- Akın, Ayşe.** (2010). Kadın Sağlığında Eşitsizlikler ve Toplumsal Cinsiyet, *13. Ulusal Halk Sağlığı Kongresi, İzmir.* 73-82.
- Aksoy, Şahin.** (2012). Kürtaj Sadece Tıbbî Bir Karar Olabilir mi? *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi.* (24), 6-9.
- Alisbah Tuskan, Aydeniz.** (2012). Türk Medeni Kanunu Kapsamında Cenin Hak ve Fiil Ehliyeti ve Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul.* 15-20.
- Alkan, Nevzat.** (2012). Cinsel Saldırı Halinde Kürtaj Yasa Tasarısı Üzerine Ölçütler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul.* 220-228.
- Altıparmak, Saliha, Çiçeklioğlu, Meltem, Yıldırım, Gülay.** (2009). Abortus ve Etik, *Cumhuriyet Medical Journal.* 31(1), 84-90.
- Altunkaş, Aysun.** (2015). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları, *II. Ulusal Sağlık Hukuku*

*** Aynı yazarın birden fazla eserine ve aynı soyadı taşıyan farklı yazarlara yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- "Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları" Sempozyumu, Ankara. 51-83.*
- Ateş, Zeynep.** Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, 24 Ağustos 2015 tarihinde www.khas.edu.tr/tez/ZeynepAtes_izinli.pdf adresinden erişildi.
- Ayan, Mehmet.** (1991). *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Yayınevi.
- Ayan, Mehmet, Ayan, Nurşen.** (2014). *Kişiler Hukuku* (6.bs.). Konya: Mimoza Yayınevi.
- Aydın, Murat.** (2011). Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 19 (2), 69-100 (Aydın, Murat).
- Aydın, Sabahattin.** (2012). Kürtaj Yasağında Kim Nerede? *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. (24), 28-29 (Aydın, Sabahattin).
- Babalıoğlu, Rabia.** (2012). Kürtaj Yapmama Hakkı, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. (24), 42-43.
- Bahadır, Oktay.** (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Brenda, Ernest.** (1981). Constitutional Jurisdiction in Western Germany, *Columbia Journal of Transnational Law*. (19), 1-13.
- Çobanoğlu, Nesrin.** (2009). Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam, *Sağlık Hukuku Dergisi*. 1 (1), 70-86.
- Çokar, Muhtar.** (2008). *Kürtaj*. İstanbul: Babil Yayıncılık (Çokar, Kürtaj).
- Çokar, Muhtar.** İsteyerek Düşük Yapmak-Tıp Etiği ve Yasalar, 25 Haziran 2015 tarihinde http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm adresinden erişildi (Çokar, Düşük).
- Demir, Mehmet.** (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 57 (3), 225-252.
- Dettmeyer, Reinhard.** (2006). *Medizin und Recht: Rechtliche Sicherheit für den Arzt*, Bonn: Springer Medizin Verlag.

- Dölen, İsmail.** (2013). Tıbbî Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir? 1-2 Kasım V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 35-40.
- Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan.** (2014). *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku* (15.bs.). İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Ekşi, Ahmet.** (2010). İslam Hukukunda Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2420/279112.pdf?sequence=1> adresinden erişildi.
- Eren, Fikret.** (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ersahin, Mehmet.** (2011). İslam Hukuku Açısından Aile Planlaması Kürtaj ve Çocuk Sahibi Olma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr/adresinden> erişildi.
- Fleming, Valerie, Iljuschin, Irina, Pehlke-Milde, Jessica, Maurer, Franziska, Parpan, Franziska.** (2016). Dying at Life's Beginning: Experiences of Parents and Health Professionals in Switzerland When an 'in utero' Diagnosis Incompatible with Life is Made, *Midwifery* (34), 23-29, p. 28.
- Gençcan, Ömer Uğur.** (2008). Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukukî Sorumluluğu, 7-8 Kasım II. Sağlık Hukuku Kurultayı. 201-211.
- Gören, Mustafa Taner.** (2012). Kürtaj Yasa Tasarısı ve Sezaryen Yasası Üzerine Tıbbi Ölçütler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 103-125.
- Görkey, Şefik.** (2001). Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar, *Medikal Etik: Doğum ve Ölüm Süreçleri ve Yaşamın Anlamı*. 80-104.
- Gülşen, Recep.** (2008). Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezaî Sorumluluğu, 7-8 Kasım II. Sağlık Hukuku Kurultayı.183-200.

- Güney Tunalı, Işıl.** (2015). *Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebelik Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık.
- Gürbüz, Şinasi.** (2012). Dinler Tarihi Açısından Kürtaj, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, (24), 16-19.
- Hakeri, Hakan.** (2012). Tıp Hukuku, (5. bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık (Hakeri, Tıp Hukuku).
- Hakeri, Hakan.** (2012). Tıp Hukukunda Kürtaj ve Sezeryan, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 46-55 (Hakeri, Kürtaj).
- Has, Recep.** (2012). Sorunlu Gebelik ve Kadın Sağlığı Çerçevesinde Kürtaj Yasa Tasarısı ve Sezaryen Yasası Üzerine Tıbbi Ölçütler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 127-184.
- Hatemi, Hüseyin, Kalkan Oğuztürk, Burcu.** (2014). *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Vedat Yayınevi.
- Işık Özcan, Funda.** (2008). Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr> adresinden erişildi.
- İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi ve Sağlık Hukuku Merkezince Düzenlenen "Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım" Konulu Panel Sonuç Bildirgesi, 15 Temmuz 2015 tarihinde <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/20120714SONUCBILDIRGESI.pdf> adresinden erişildi.
- Kaya, Mine.** (2012). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (100), 45-82.
- Keskin, İçten.** (2014). Amerika ve Türkiye'de Kürtaj Politikaları ve Feminizm Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 24 Ağustos 2015 tarihinde <https://tez.yok.gov.tr> adresinden erişildi.
- Keskin, İçten.** (2015). Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm, *Fe Dergi: Feminist Eleştiriler*. 7, (1), 86-95.

- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat.** (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18.bs.). Ankara: Turhan Kitapevi.
- Kırımlioğlu, Nurdan.** (1998). Aile Planlaması Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye'deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar, *Türk Klinikleri Tıp Etiği Hukuku-Tarihi Dergisi*. 6 (1), 24-32.
- Konan, Belkıs.** (2008). Osmanlı Devleti'nde Çocuk Düşürtme Suçu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 57 (4), 319-335.
- Moroğlu, Nazan.** (2012). Uluslararası Hukukta Kadın Vücut Bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. 23-44.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay-Özdemir, Saibe.** (2014). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler* (14. bs.). İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin.** (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 52 (3), 55-77.
- Özbilen, Arif Barış.** (2013). Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 12 (24), 99-124.
- Özdemir, Hayrunnisa.** (2008). Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12 (3-4), 347-379.
- Özsunay, Ergun.** (1979). *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu* (4.bs.). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Öztan, Bilge.** (1993). *Şahsın Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Öztürk, Hafize.** (1997). *Abortus ve Etik Sorunlar, Etik Bunun Neresinde*. Ankara: Ankara Tabip Odası Yayınları.
- Petek, Hasan.** (2013). *Sağlık Hukuku*, Ankara: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Pettinato, Tammy R.** (2007). An Annotated Bibliography of Law Review Articles Addressing Feminist Perspectives in 'Law in Literature', *99 Law Library Journal* (55), 55-72.

- Morris.** (1965). Report to the Hague Suggested Revisions of Penal Law Relating to Sex Crimes and Crimes Against the Family, *Cornell Law Review*. (50), 425-445.
- Saymen, Ferit H.** (1960). *Türk Medeni Hukuku, C. II, Şahsın Hukuku* (2.bs.). İstanbul: Siyasal Bilgiler Fakültesi Kütüphanesi.
- Singer, Eric T.** (1976). Constitutional Law-Freedom of the Press Prohibition of Abortion Referral Service Advertising Held Unconstitutional, *Cornell Law Review*. (61), 640-660.
- Söğüt, İpek Sevdâ.** (2015). Özelliği Olan Bazı Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, *II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları" Sempozyumu*. 87-110.
- Şahin, Ayşenur.** (2011). Vücut Bütünlüğünden Doğan Zarar ve Tazmini, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15 (2), 123-165.
- Şafak, Ayşe Aydın.** (2012). Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması, Kadın Çalışmaları Yüksek Lisans Programı, http://biabet.org/files/doc_files/000/000/588/original/tu%CC%88rkiye_de_ku%CC%88rtaj_hakk%C4%B1n%C4%B1n_gelisim%CC%A7imi.pdf, adresinden 12 Ocak 2016 tarihinde erişildi.
- Şenocak, Zarife.** (2001). Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50 (4), 65-80.
- Şimşek, Fatma, Eroğlu, Haldun, Dinç, Güven.** (2009). Osmanlı İmparatorluğunda Iskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme), *The Journal of International Social Research (Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi)*. (6), 593-609.
- Tacir, Hamide.** (2015). Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, *II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları" Sempozyumu*. 13-49.

- Tek, Gülen Sinem.** (2012). Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, *Sağlık Hukuku Makaleleri-II*. 103-130. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Tokaç, Mahmut.** (2012): Osmanlı Belgelerinde Çocuk Düşürtme (Iskat-ı Cenin), *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. (24), 20-23.
- Tüfekçi, İbrahim.** (2013) İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. (45), 111-154.
- Tümer, Ali Rıza, Karacaoğlu Emre, Akçan, Ramazan.** (2011). Cerrahide Aydınlatılmış Onam İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Ulusal Cerrahi Dergisi*. 27 (4), 191-197.
- Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği (TJOD), Kürtaj Raporu, 15 Temmuz 2015 tarihinde <http://www.tjod.org/turk-jinekoloji-ve-obstetrik-derneği-tjod-kurtaj-raporu> adresinden erişildi.
- Ürem, Müge.** (2012). Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar, *Sağlık Hukuku Makaleleri-II*. 79-102. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Üye, Müslüme.** (2014). Ceninin (Fetüsün) Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının Korunması, *1-2 Kısım V. Sağlık Hukuku Kurultayı*. 41-58.
- Wolhandler, Steven J.** (1984). Voluntary Active Euthanasia for the Terminally III and the Constitutional Right to Privacy, *Cornell Law Review*. (69), 363-383.
- Yılmaz, Battal.** (2009). Aydınlatılmış Rıza, *Sağlık Hukuku Digestası*.1 (1),167-180.
- Yurtcan, Erdener.** (1985). *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe, Gürpınar, Damla.** (2008). *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)* (6.bs). Ankara: Turhan Kitapevi.

YEREL YÖNETİMLERİN GÖREV ALANI VE ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİ ÖRNEĞİ*

Şerife YILDIZ AKGÜL**

ÖZET

Planlı sanayileşmeyi sağlamak için oluşturulan organize sanayi bölgelerine 4562 sayılı Kanun ile özel hukuk tüzel kişiliği tanınmıştır. Tanınan istisna ve muafiyetlerle teşvik edilen organize sanayi bölgelerine aynı zamanda önemli kamusal yetkiler de tanınmıştır. Önemli bir kısmı yerel yönetimlere ait olan yetkilerin bazıları aynı zamanda kolluk faaliyeti çerçevesinde kullanılan yetkilerdendir. Özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelenen organize sanayi bölgelerine tanınan yetkilerin hukuka uygun olup olmadığının tartışılmasında referans alınabilecek başlıca iki temel ilkenin varlığından söz edilebilir. Bu ilkeler: Yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi ile kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesidir. Bu çalışmada yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin bir görünümü olan yerel yönetimlerin görev alanları karşısında organize sanayi bölgelerinin statüsü ve yetkileri ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler Organize sanayi bölgeleri, Yerel yönetimlerin görev alanı, Yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi, Yerindenlik ilkesi, Yerel yönetimlerin işlevsel özerkliği

FUNCTIONS OF LOCAL GOVERNMENTS AND INDUSTRIAL PARKS EXAMPLE

ABSTRACT

Industrial parks, established for planned industrialization, are granted as legal entity of private law with act no 4562. Important public powers are provided for industrial parks that are promoted by exemptions and exceptions. A significant portion of these powers belong to local government and some of them are executed within the scope of the police activity. There are two main principles to refer when discussing whether those powers provided for industrial parks, which are defined as private legal entities, are lawful or not. These principles are: Principle of local self-government and principle of non-delegability of the police activity. In this paper, the status and powers of the industrial

* Bu makale TÜBİTAK tarafından verilen doktora sonrası yurt dışı araştırma bursu kapsamında 01.03.2014-28.02.2015 tarihleri arasında Bordeaux Üniversitesinde gerçekleştirilen çalışma kapsamında hazırlanmıştır.

** Yrd. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi

parks against functions of local governments, which is a reflection of principle of autonomy, are discussed.

Keywords Industrial parks, Functions of local governments, Principle of local self-government autonomy, Principle of subsidiarity, Functional autonomy of local governments

I. GİRİŞ

Organize sanayi bölgelerinin (OSB) Türkiye'deki ilk örneği 1961 yılında kurulan Bursa Organize Sanayi Bölgesi olarak gösterilmektedir¹. Uzun yıllar kanuni dayanağı olmaksızın varlık gösteren OSB'ler daha sonra çıkarılan Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Fonlar Yönetmeliği² çerçevesinde faaliyet göstermişlerdir. Yönetmelik sadece OSB'lerle Sanayi Bakanlığı arasındaki kredi ilişkisini düzenlediğinden ve tüzel kişiliği olmamasından kaynaklı olarak mülk edinemeyen, kamulaştırma yapamayan, sözleşmeye taraf olamayan bu nedenle kuruluşlarını yavaşlatan bu olumsuzlukların önüne geçmek ve tanınan istisna ve muafiyetlerle teşvik etmek amacıyla³ 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu⁴ çıkarılmıştır. 4562 sayılı Kanun ile OSB, planlı sanayileşmeyi ve sanayileşmenin beraberinde getirdiği sorunları önlemek için oluşturulan bölgeler olarak öngörülmüş ve bu bölgelere de özel hukuk kişiliği tanınmak suretiyle statüleri belirlenmiştir.

Kanun koyucu tarafından özel hukuk kişiliği olarak düzenlenmekle birlikte önemli kamusal yetkilerle donatılan OSB'ler bir dizi hukuki sorunu da gündeme getirmiştir. OSB'lere tanınan yetkilerin hukuka uygunluğu tartışmasında başlıca iki konunun referans alınması gerekmektedir. Bunlardan ilki OSB'lere tanınan yetkilerin önemli bir kısmı hâlihazırda yerel yönetimlere ait yetkiler olduğundan konunun yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi açısından tartışılması gerekmektedir. Yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin değişik boyutları vardır. Karar organları seçimlerle belirlenen yerel yönetimlere mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçları karşılamak üzere yeterli mali kaynağın sağlanması gerekmektedir. OSB'lere tanınan yetkiler yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin unsurlarından mali özerklik ve işlevsel özerkliği

¹ <http://www.osbuk.org.tr/index.php?page=content/ayrinti&id=1>

² R.G., 31.01.1982, Sayı: 17591.

³ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss367m.htm>

⁴ R.G., 15.04.2000, Sayı: 24021.

ilgilendirmektedir. Bu çalışmada OSB'ler işlevsel özerklik olarak da adlandırılan yerel yönetimlerin görev alanları çerçevesinde ele alınmış mali özerkliğe ise tanınan yetkilerin bu ilkeyi ihlal etmesi halinde yer verilmiştir. Bir diğer konu bu yetkilerin bir kısmı aynı zamanda kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesine ilişkin yetkiler olduğundan konunun kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi açısından da tartışılması gerekmektedir. Ancak çalışmanın sınırlanması açısından OSB'lerin yetkileri yerel yönetimlerin özerkliğinin bir boyutu olan görev alanları açısından ele alınmış kolluk faaliyetlerinin devredilmezliği ilkesinden kaynaklı sorunlara yetkiler özelinde kısaca değinilmiştir.

Çalışmada üniter bir devlet yapısında yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi görev alanı bağlamında ele alındığından devlet yapısının benzerliği ve idari rejimin kaynak ülkesi olması gözönünde bulundurularak Fransız Hukuku referans alınarak konu tartışılmıştır. Yerel yönetimlerin görev alanları ele alınmadan önce OSB'lerin hukuki niteği ve kendilerine tanınan yetkiler ortaya konulacaktır. Daha sonra yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi çerçevesinde yerel yönetimlerin görev alanlarının nasıl düzenlendiği ele alınarak OSB'lere tanınan yetkilerin hukuka uygunluğu tartışılacaktır.

II. OSB'LERE İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE

A. OSB'lerin Hukuki Statüsü

Kamusal yetkilerle donatılmış OSB'lerin bu yetkilerinin hukuka uygunluğu tartışmasında ve uygulanacak hukuk kuralı ile uyumsuzlukların çözümünde görevli yargı düzeninin belirlenmesinde tüzel kişiliğin niteliğinin ortaya konması gerekir. Kanun koyucu OSB'leri açık bir şekilde özel hukuk tüzel kişileri olarak nitelemiştir.

OSB'lerin hukuki statüsü 4562 sayılı Kanun'un "Nitelikleri" başlıklı 5. maddesinde; "OSB, müteşebbis heyetin başvurusu üzerine Bakanlıkça verilen kamu yararı kararı ve sınırları belirlenmiş yetki çerçevesinde kamulaştırma işlemleri yaptırabilen bir özel hukuk tüzel kişiliği(dir)" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu hüküm 2012 yılında kamulaştırma yetkisi çerçevesinde değişikliğe⁵ uğrayarak OSB'lere

⁵ 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile 4562 sayılı Kanun'un 5. maddesi; "OSB, müteşebbis heyetin başvurusu üzerine Bakanlıkça verilen kamu yararı kararı ve sınırları belirlenmiş yetki çerçevesinde kamulaştırma işlemleri yapabilen veya yaptırabilen bir özel hukuk tüzel kişiliğidir" şeklinde değiştirilmek suretiyle OSB'lere kamulaştırma yetkisi tanınmıştır.

doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi tanınmış, ancak OSB'lerin hukuki statüsüne ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Söz konusu değişikliğe ilişkin verilen iptal kararında, Anayasa Mahkemesi, OSB'lerin özel hukuk tüzel kişileri olduklarını açıkça vurgulamıştır⁶. Uyuşmazlık Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelenmesi nedeniyle OSB tarafından alınan kararın yargısal denetiminin adli yargının görev alanında olduğuna hükmetmiştir⁷.

Bununla birlikte kullandığı kamusal yetkiler ve diğer kamu gücü ayrıcalıkları baz alınarak OSB'leri kamu hukuku tüzel kişileri olarak niteleyen görüşler de vardır. Buna göre; özellikle kuruluş aşamasında ve kuruluş aşamasından belli bir süre sonrasında da özel hukuk tüzel kişiliği tanımlamasını tam olarak karşılamadığı gerekçesiyle OSB'lerin genel kurul toplama hakkının doğmasına kadar kamu tüzel kişiliği, genel kurul oluşturma yeterliliği sağlandıktan sonra gerçekleştirilen ilk toplantıda, OSB kuruluş protokolünün OSB ana sözleşmesi olarak değiştirilmesi sırasında kamu tüzel kişiliğinin sona ereceği ve OSB ana sözleşmesinin kabulüyle birlikte özel hukuk tüzel kişiliğinin kazanılacağı yönünde bir düzenleme yapılması önerisinde bulunulmuştur⁸. Bu çerçevede OSB'lerin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak kabul edilmeleri gerektiği savunulmuştur. Böyle bir nitelemenin gerekçeleri olarak kuruluşlarında ve sonrasında belli bir süre yerel yönetimler ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının yönetimde yer almaları, kanuna dayanarak idari bir işlemle kurulmaları, kamulaştırma başta olmak üzere sahip oldukları yetkiler gösterilmektedir⁹.

Gerçekten de OSB'lerin kuruluş aşamasında yerel yönetimler ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları yer almaktadır. OSB'lerin tüzel kişilik kazanabilmeleri için kurulması öngörülen yerdeki varsa sanayi odası, yoksa ticaret ve sanayi odası, o da yoksa ticaret odasından en az biri ile talepleri halinde il özel idaresi, il özel idaresi bulunmayan

⁶ AYM, 31.10.2013, E.No: 2013/49, K.No: 2013/125.

⁷ UM, 14.11.2005, E.No: 2005/69, K.No: 2005/87, R.G., 09.01.2006, Sayı: 26048; 08.04.2013, E.No: 2012/442, K.No: 2013/485, R.G., 21.05.2013, Sayı: 28653 (Mük.); 03.03.2014, E.No: 2014/60, K.No: 2014/156, R.G., 15.04.2014, Sayı: 28973 (Mük.).

⁸ Çolak, Nusret İlker, Organize Sanayi Bölgelerinin Hukuki Niteliği ve Kamulaştırma Yetkisi. *e-akademi*, sayı: 40, Haziran 2005, <http://e-akademi.org/makaleler/nicolak-3.htm>, (Erişim Tarihi: 04 Kasım 2014). Elektronik veri tabanları ve internetten elde edilen eserlerde sayfa numarası verilmemiştir.

⁹ Çolak, 2005.

yerlerde Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı veya OSB'nin içinde bulunacağı il, ilçe veya belde belediyesinin, büyükşehirlerde ayrıca büyükşehir belediyesinin temsilcilerince imzalı ve valinin olumlu görüşünü muhtevi kuruluş protokolünün Bakanlıkça onaylanması ve sicile kaydolmaları gerekir (4562 sayılı Kanun, madde 4/10). Kuruluş aşamasında OSB'nin karar organı olarak görev yapan müteşebbis heyette yer alacak üyeler de OSB'nin oluşumuna katılan kurum ve kuruluşların belirleyeceği temsilcilerden oluşmaktadır.

Belirtmek gerekir ki oluşumunda kamu tüzel kişilerinin varlığı tek başına OSB'lere kamu tüzel kişiliği tanınmasına imkân vermez. Zira kamu tüzel kişiliği ölçütleri Anayasa'nın 123/3. maddesinde kanunla ya da kanunun verdiği açık yetkiye dayanarak kurulma olarak düzenlenmiştir. Kanunun verdiği açık yetkiye dayanarak kurulmadan da kurucu işlemin bir idari işlem olması gerektiği anlaşılmaktadır. Anayasal nitelikteki bu ölçüt mutlak niteliktedir. Bu ölçütün karşılanmadığı durumlarda ortada bir kamu tüzel kişisinin olmadığı kabul edilmektedir. Kanunla ya da kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulma ölçütü yanında kamu tüzel kişiliği nitelemesi için gereken bir diğer ölçüt tüzel kişiliğin kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmasıdır¹⁰. OSB'lerin kamu gücü ayrıcalıkları ile donatıldığına şüphe yoktur. Bununla birlikte valinin olumlu görüşü sonucu Bakanlık onayı ile tamamlanan kuruluş işleminin idari bir işlem olup olmadığı tartışmalıdır¹¹.

OSB'lerin kuruluş sürecinde yerel yönetimlerin yer alması zorunlu iken 2008 yılında gerçekleştirilen değişiklikle (23.10.2008 tarih ve 5807 sayılı Kanun, madde 2) isteğe bağlı hale getirilmiştir. Ayrıca müteşebbis heyette kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile yerel yönetimlerin tamamı yer alsa bile, bu heyetin görevi ilk genel kurulun toplanmasıyla sona erebilecektir. Şöyle ki; OSB'de kurulacak tüm işletmelerin 2/3'ünün yapı kullanma izni alması ve bunların da en az yarısının üretime geçtiğini işyeri açma belgesi ile belgelemeleri halinde yapılacak ilk genel kurul toplantısında aksi yönde karar alınmadıkça

¹⁰ Günday, Metin, *İdare Hukuku*. (10. Baskı). Ankara: İmaj Yayıncılık, 2013, s.78-79; Gözler, Kemal–Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*. (16. Baskı). Bursa: Ekin, 2015, s.94-95; Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*. 3. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s.197-199.

¹¹ DSİ'nin görüşü alınarak Bakanlık onayı ile kurulan Sulama Birlikleri örneğinde de bu işlemin idari niteliğinin tartışmalı olduğu hususu için bkz. Gözler/Kaplan, s.94.

yönetim kurulu ve denetim kurulu yanında müteşebbis heyetin de görevi sona ermektedir. Müteşebbis heyetin görevde kalmasına karar verilmesi halinde ise müteşebbis heyete katılacak katılımcıların sayısının müteşebbis heyet üye sayısından bir fazla olması gerekmektedir (4562 sayılı Kanun, madde 25/2,3). Genel kurulun oluşmasını müteakip OSB organları hakkında, Kanun'da aksi yönde bir düzenleme olmadığı sürece, Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirket organları ile ilgili hükümleri kıyasen uygulanacaktır (madde 25/5). Görüldüğü üzere OSB'lerdeki kamu tüzel kişilerinin varlığı genel kurulun oluşması ile sona erebilir. Dolayısıyla başlangıçta kamu tüzel kişilerinin varlığı nedeniyle kamu tüzel kişisi kabul edilen OSB'ler, genel kurul toplandıktan sonra da kamusal nitelikteki bu yetkileri kullanmaya devam edeceklerinden yetkilerin hukuka uygunluğu tartışmaları sona ermeyecektir.

Kanun'da yer alan özel OSB'lerin varlığı da özel OSB'ler dışında kalanların kamu tüzel kişisi olup olmadıkları sorusunu gündeme getirmekte ve bu konuda bir tereddüt oluşturmaktadır. Kanun koyucu özel hukuk tüzel kişilerinin ve gerçek kişilerin de OSB kurmalarına izin vermekte, bu OSB'lerin kamulaştırma yapamayacaklarını düzenlemektedir (madde 26). Kamulaştırma yapamayacakları şeklindeki ifade, bu yetki dışında OSB'lere tanınan yetkileri kullanacakları anlamına gelmektedir. Söz konusu ifade diğer OSB'lerin kamulaştırma yapma yetkisine sahip oldukları şeklinde yanlış bir yorumlamaya neden olma riskini taşımaktadır. Oysa ki bu kişilere kamulaştırma yapma yetkisinin tanınmasına Anayasa engeldir (madde 46). Ayrıca belirtmek gerekir ki özel OSB'ler dışındaki kamu tüzel kişilerinin kurucuları arasında yer aldığı OSB'lerin de doğrudan kamulaştırma yetkileri yoktur. Bundan başka kamusal yetkilerin özel OSB'lere tanınması, bu yetkiler çerçevesinde tek yanlı işlemler yapılması hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkesi açısından sorunlu meseleler olmaya devam etmektedir¹². Özel OSB'lere de kamusal yetkilerin tanınması kanun koyucu için yetkilerin tanınmasında, kurucular arasında kamu tüzel kişileri olup olmadığının belirleyici bir ölçüt olmadığını göstermektedir.

¹² Çolak, Nusret İlker, Organize Sanayi Bölgelerinde Tüzel Kişilik ve Kanun Değişikliği Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Ergün A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender* 50. *Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, Ocak 2007, <http://www.ilkercolak.com.tr/organize-sanayi-bolgelerinde-tuzel-kisilik-ve-kanun-degisikligi-tasari-taslaginin-degerlendirilmesi/>, (Erişim Tarihi: 5 Kasım 2014).

OSB'lerin kuruluş protokolünün Bakanlıkça onaylanması ve özel OSB tanımlaması gibi tüzel kişiliğin nitelendirilmesinde tereddüt yaratacak düzenlemelere karşın Kanun'daki açık düzenleme dikkate alınarak OSB'lerin özel hukuk tüzel kişisi olduklarını belirtmek ve tanınan yetkilerin hukuka uygunluğunu bu nitelendirme çerçevesinde tartışmak gerekmektedir. Kanun koyucu OSB'lerin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduklarını açıkça düzenlemiştir. Kanun koyucu tarafından açıkça düzenlendiği takdirde söz konusu düzenlemeyi dikkate almak gerekir. Aksi halde kanun koyucunun iradesi hilafına bir yorumlama yapılmış olur. Bu şekilde açık düzenleme ya da kanun koyucunun niyetinin tespit edilebildiği durumlarda kanun koyucunun iradesini dikkate almak ve bunun sonucuna bağlı uygulanacak kural ve yargı düzeninin tespit edilmesi gerekir¹³. Öğretide kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri dışında “karma kişiler”, “sınırdaki kişiler” ya da “kamu hizmeti ile görevli özel kuruluşlar” adında üçüncü bir kategorinin bulunduğu belirtilse de¹⁴ bu nitelendirme de ancak kanun koyucunun açık şekilde nitelendirilmediği durumlarda gündeme gelecek ve somut uyuşmazlıkta da uygulanacak hukuk açısından hangi tüzel kişiliğin esas alınacağını belirlemesi gerekecektir.

OSB'lerin hukuki statüsüne ilişkin herhangi bir kanun değişikliği de yapılmamıştır. Hatta 23.10.2008 tarih ve 5807 sayılı Kanun olarak kabul edilen düzenlemenin, 25.02.2008 günü Bakanlar Kurulunca kabul edilen kanun tasarısının genel gerekçesinde OSB'lerin özelliklerinin kamu hukuku tüzel kişiliklerinin özelliği olması çerçevesinde niteliğinin “kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu” olarak belirlenmesi gerektiği önerilmiş¹⁵, ancak söz konusu öneri kabul edilmeyerek OSB'lerin hukuki statüsü korunmuştur.

B. OSB'lere Tanınan Yetkiler

OSB'lere tanınan kamusal nitelikli yetkiler, Kanun'un değişik maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yetkiler; imar, ruhsat ve altyapı tesislerine ilişkin yetkiler ile kamulaştırma yetkisi ana başlığında ele alınabilir.

¹³ Chapus, René, *Droit Administratif Général*. (Tome I). Paris: Montchrestien, 2001, s. 185-186; Gözler/Kaplan, s. 92.

¹⁴ Gözübüyük, A. Şeref –Tan Turgut, *İdare Hukuku*. 10. Bası, Cilt I Genel Esaslar, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 159.

¹⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss222.pdf>.

1. İmar, Ruhsat ve Altyapı Tesislerine İlişkin Yetkiler

Kanun'un OSB'lerin kuruluşunu düzenleyen 4. maddesinde; OSB sınırları içerisinde yapılacak imar ve parselasyon planları ve değişikliklerinin, OSB tarafından hazırlanacağı düzenlenmiştir. OSB'ler tarafından hazırlanan imar ve parselasyon planları Bakanlığın onayına sunulduktan sonra il idare kurulu kararı ile yürürlüğe girecektir. OSB'lere verilen yetki imar planlarının hazırlanması yetkisi olup bu planlar ancak Bakanlık onayından sonra il idare kurulunun kararı ile yürürlüğe girecektir. Bu düzenleme 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar çerçevesinde değerlendirilerek özel düzenleme olarak kabul edilmektedir¹⁶. Burada sadece imar planları hazırlama yetkisi OSB'lere verilmemekte, imar planlarını onaylama yetkisi de Bakanlık ve merkezi idarenin taşra teşkilatı olan il idaresine aktarılarak anayasal güvenceye sahip yerel yönetimler imar planı hazırlama ve onaylama işlemlerinin tamamen dışında bırakılmaktadır. Oysaki imar planları hazırlanmasında yerel yönetimler genel yetkili idareler¹⁷ (3194 sayılı Kanun, madde 8/b, 5302 sayılı Kanun, madde 10/c, 5393 sayılı Kanun, madde 18/c, 5216 sayılı Kanun, madde 7/b) olduğundan hazırlama yetkisi istisna kapsamında OSB'lere bırakılsa bile onaylama aşamasında yerel yönetimlerin sürece dâhil edilmesinin yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine uygun bir çözüm olacağı kanısındayız.

Söz konusu maddenin devamında ruhsat ve izinlere ilişkin OSB'lerin yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre; yürürlüğe giren imar planlarına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatları da OSB'lerce verilecek ve denetlenecektir. İşyeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin harçları tahsil yetkisi de yine OSB'lere verilmiştir. Bu şekilde tahsil edilen harçlar ilgili belediye ya da il özel idaresi hesabına yatırılacaktır. Zira bu yetkiler yerel yönetimlere ait yetkililerdir ve bu yetkilerin kullanılması kapsamında elde edilen gelirler de yine bu idarelere ait gelirlerdir.

Belirtmek gerekir ki OSB'lerin imar planına aykırı yapılar konusunda imar para cezası verme yetkileri yoktur. Nitekim Danıştay verdiği bir kararda; OSB'de belediye ve mücavir alan sınırları içinde imar

¹⁶ Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Ankara: Seçkin, 2015, s. 160.

¹⁷ Kalabalık, 2015, s. 137.

para cezası verilmesi yolunda karar almaya belediyelerin yetkili olduklarına hükmetmiştir¹⁸.

OSB'lere tanınan bir başka yetki alt yapı ve ortak hizmet tesislerinin kurulması ve iletilmesine ilişkin yetkililerdir. Kanun koyucu OSB'lere elektrik, doğalgaz, su, kanalizasyon, yol, arıtma tesisi gibi alt yapı ve ortak kullanıma ilişkin tesisleri kurma ve işletme ile kamu ve özel kuruluşlardan satın alarak dağıtım ve satışını yapma yetkisi tanımıştır. Bu çerçevede bu yetkiler münhasıran OSB'lere tanınmıştır ve OSB'de yer alan kuruluşların da ihtiyaçlarını OSB'den karşılama zorunluluğu söz konusudur. Kuruluşların başka bir yerden ihtiyaçlarını karşılaması ya da ihtiyacın karşılanması amacıyla tesis kurmaları OSB'nin iznine bağlıdır (madde 20). Böyle bir düzenlemenin getirilmesindeki amaç sanayinin gelişmesi adına kaynakları rasyonel kullanmak ve araya başka bir aracı kurum girmeksizin doğrudan ihtiyaç duyulan hizmeti üretmek ve dağıtmak suretiyle maliyetin düşürülmesidir. Böyle bir düzenleme de kanun koyucu tarafından OSB'lere tanınmış bir ayrıcalık olarak değerlendirilebilir. Ancak ihtiyaçların OSB'den karşılanması zorunluluğu getirilmesi Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşımaktadır¹⁹.

Görüldüğü üzere OSB'lere tanınan yetkilerin bir kısmı yerel yönetimlere bir kısmı ise kamu kurumlarına ait yetkililerdir. Anayasal güvenceye sahip yerel yönetimlere ilişkin yetkilerin OSB'lere tanınıp tanınmayacağı bir sonraki bölümde tartışılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki yerel yönetimler gibi anayasal güvenceye sahip olmayan kamu tüzel kişilerine ait bir takım yetkilerin kolluk yetkileri ya da anayasal güvenceye sahip başka kurumlara ait yetkiler olmadıkça özel hukuk kişilerine devrinde, Anayasa'nın 47. maddesi çerçevesinde, hukuka aykırılık söz konusu olmadığından ayrıca bir tartışma konusu yapılmayacaktır. Zira hizmet yerinden yönetim idareleri ya da kamu kurumları olarak adlandırılan kamu tüzel kişilerinin görev alanları, anayasal kamu kurumları hariç, Anayasa'da düzenlenmemiş,

¹⁸ Dan. 6. Daire, 2.11.2004, E.No: 2003/1527, K.No: 2004/5210.

¹⁹ Çalışmanın doğrudan konusunu ilgilendirmeyen kanun koyucunun sözleşme hürriyetini sınırlandırıp sınırlandıramayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. Bozkurt, Tamer, "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş" Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Sorunsalı: "Sözleşme Hürriyeti" Açısından Durum. *ABD*, Yıl: 66, Sayı: 1, 2008, s.134-142.

Anayasa'nın 123. maddesinde kamu tüzel kişilikleri oluşturulabileceği konusunda kanun koyucuya yetki verilmekle yetinilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun kamu tüzel kişisine ait bu yetkileri, kamu yararı varsa ve yukarıda belirtildiği üzere anayasal güvenceye sahip başka kamu kurumlarına ait yetkilerden ya da kolluk yetkilerinden değilse bir başka tüzel kişiliğe tanınmasında kanımızca Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

2. Kamulaştırma Yetkisi

OSB'ler kanun koyucu tarafından kamulaştırma yaptırabilen bir özel hukuk tüzel kişisi olarak düzenlenmiştir (madde 5). Düzenlemenin ilk şeklinde OSB, kamu yararı gerekçesiyle adına kamulaştırma yapılabilen veya yaptırılabilen bir özel hukuk tüzel kişiliği olarak öngörüldükten sonra kamu yararı kararının, OSB müteşebbis heyetinin başvurusu üzerine Bakanlıkça verileceği belirtilmiş ancak kamulaştırma işlemlerinin hangi idare tarafından gerçekleştirileceği düzenlenmemiştir. Bu boşluğun uygulamada, kamu yararı kararının uygulanması işlemlerinin bizzat OSB'ler tarafından yapılması şeklinde doldurulmuş olması nedeniyle, bu fiili duruma hukuki dayanak sağlamak amacıyla OSB'lere kamulaştırma yapma yetkisi tanınmıştır. 2012 yılında 5. maddede yapılan değişiklikle OSB'ler, kamulaştırma işlemleri yapabilen veya yaptırabilen özel hukuk tüzel kişileri olarak tanımlandıktan sonra eklenen geçici 11. madde ile Bakanlıkça verilen kamu yararı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak OSB'ler tarafından tesis edilen kamulaştırma işlemlerinin de hukuka uygun hale getirilmesi amaçlanmıştır²⁰.

OSB'lere doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi veren düzenleme ile böyle bir düzenleme dahi olmadan yapılan kamulaştırma işlemlerini hukuka uygun kılmaya çalışan düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmek suretiyle açıkça Anayasa'ya aykırı bir durum ortadan kaldırılmıştır²¹. Zira kanun koyucu tarafından öngörülmek kaydıyla özel hukuk kişileri lehine kamulaştırma yapılması mümkün olmakla birlikte kamulaştırma yapma yetkisi Anayasa'da sadece devlet ve kamu tüzel kişilerine (madde 46) tanındığından, özel hukuk kişilerinin doğrudan kamulaştırma yapma yetkileri bulunmamaktadır.

²⁰ 04.07.2012 tarih 6353 sayılı Kanun, madde 20, 21.

²¹ AYM, 31.10.2013, E.No: 2013/49, K.No: 2013/1259.

Kamulaştırma Kanunu'nda da özel hukuk kişileri lehine kamulaştırma yapılmasına ilişkin genel bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre; özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, Kamulaştırma Kanunu hükümleri uygulanacaktır (2942 sayılı Kanun, mad.1/2). İdare hukuku literatüründe de kamu gücü ayrıcalıklarından biri olan kamulaştırmanın özel hukuk kişileri lehine yapılabilmesi kabul edilmektedir. Özel hukuk kişileri lehine kamulaştırma yapılabilmesi için üstlenilen görevin kamu yararına bir faaliyet olması gerekmektedir. Fransa'da Conseil d'Etat, 1935 yılında verdiği bir karar ile özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin kamu yararına olması halinde lehlerine kamulaştırma yapılabilmesine hükmetmiştir²².

Nitekim Anayasa Mahkemesi de özel yasalarda düzenleme bulunması halinde özel hukuk kişileri lehine kamulaştırma yapılabilmesini kabul etmekte²³, özel hukuk kişilerine tanınan doğrudan kamulaştırma yapma yetkisini ise Anayasa'ya aykırı bir yetki olarak değerlendirmektedir²⁴.

Dolayısıyla OSB'ler lehine kamu yararı bulunduğu sürece kamulaştırma yapılmasında herhangi bir hukuka aykırılık yoktur. Bununla birlikte belirtildiği üzere özel OSB'lerin kamulaştırma yapma yetkisi olmadığı düzenlenmiş lehlerine kamulaştırma yapılabilmesine yönelik olarak ise herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu düzenleme boşluğunu kanun koyucunun özel OSB'ler lehine kamulaştırma yapılmamasını amaçladığı şeklinde yorumlamak gerekir. Nitekim özel OSB'lerin tüzel kişilik kazanabilmesi için kurucu gerçek ya da tüzel kişiler adına OSB yerinin kayıtlı olduğuna dair tapu ibrazı zorunluluğu da (Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği²⁵, madde 8/2) özel OSB'lerin adına kamulaştırma yapılması ya da yaptırılması yetkisinin ve gereksiniminin bulunmadığı şeklinde yorumlanmaktadır²⁶.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus; doğrudan kamulaştırma yetkisi bulunmayan OSB'lerin ihtiyaç duydukları taşınmazların bir başka kamu tüzel kişisine ait olması halinde Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen kamu tüzel kişileri arasındaki devir usulünden de

²² CE, 20 décembre 1935, *Soc. des Etablissements Vézia*, aktaran Chapus, s.178.

²³ AYM, 22.09.1993, E.No: 1993/8, K.No: 1993/31.

²⁴ AYM, 16.10.2003, E.No: 2001/383, K.No: 2003/92.

²⁵ R.G., 22.08.2009, Sayı: 27327.

²⁶ Çolak, 2005.

doğrudan yararlanmaları mümkün değildir. Nitekim Danıştay da vermiş olduğu bir görüş kararında OSB'lerin bir başka kamu tüzel kişisine ait taşınmazın devrini isteyemeyeceği hususunu vurgulamıştır²⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki OSB'ler kamulaştırmadan başka bazı koşullarda bedelsiz arazi devrinden de yararlanabilmektedirler. Buna göre; OSB'nin kurulacağı yerin seçiminin Hazine veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait arazilerden yapılması halinde, bu arazilerin, talep edilmesi ve başkaca bir sakıncası bulunmaması durumunda, 5084 sayılı Kanun'un 2. maddesinin b bendi kapsamındaki illerde bedelsiz devredilebileceği düzenlenmiştir (4562 sayılı Kanun, madde 4/8). Bu düzenleme idari ve mali özerkliğe sahip yerel yönetimleri kapsamamaktadır. Kapsamında olsa idi yerel yönetimlerce bedelsiz arazi tahsisi ancak kamu yararı bulunması ve yetkili organlarının kararı ile mümkün olabilirdi. Zira kanun koyucu tarafından yerel yönetimlerin kararına ihtiyaç duymaksızın taşınmazların Hazine'ye ya da üçüncü kişilere devri yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim il özel idaresinin kararına ihtiyaç duymaksızın satılmak üzere Hazine'ye bedelsiz devrine imkân veren kanuni düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce yerel yönetimlerin özerkliği ile bağdaşmadığı gerekçesi ile iptal edilmiştir²⁸.

III. OSB'LERE TANINAN YETKİLERİN YEREL YÖNETİMLERİN ÖZERKLİĞİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Yerel Yönetimlerin Özerkliği Kavramı ve Kapsamı

Anayasa'nın idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını öngören düzenleme (madde 123/2) ile yerel yönetimlere ilişkin hükümde (madde 127) özerklik ifadesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte belediye, büyükşehir belediyeleri ve il özel idareleri kendilerini düzenleyen kanunlarda idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmışlardır. Anayasa'nın 127. maddesinde, özerklik ifadesi kullanılmamakla birlikte yerel yönetimlerin özerkliği için birtakım güvencelere yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi de yerel yönetimler için özerklik kavramını

²⁷ Dan. 1. Daire, 30.09.2009, E.No: 2009/1043, K.No: 2009/1286.

²⁸ AYM, 15.05.2008, E.No: 2004/1, K.No: 2008/106.

kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda²⁹ da özerklikten ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Söz konusu kararda önce genel anlamda özerkliği tanımladıktan sonra yerel yönetimlerin özerkliği kavramını ise; “Anayasa ve yasaların belirlediği kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünün yurttaşların yararına olarak, yerel yönetimlerin sorumluluğu altında yerine getirilmesi yetkisi” olarak ifade etmiştir.

Türk Hukuku’nda Anayasa Mahkemesi içtihadı doğrultusunda özerklik ilkesi idari örgütlenmeye ilişkin bir ilke olan yerinden yönetim ilkesi kapsamında ele alınmaktadır. Buna göre yerinden yönetim ilkesi; özerklik ilkesinin anayasal temele oturtulmuş halidir yani yerinden yönetim ilkesi ile özerklik ilkesi özdeştir. Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen kararında özerklik ilkesinin unsurlarını; tüzel kişiliğe sahip olma, görevli organlarını seçme hakkına sahip olma ve bu organların karar verme yetkisine sahip olmaları şeklinde belirleyerek özerklik ilkesini daha çok organik özerklik ve organik özerkliğin sonucu olarak karar alma özerkliği anlamında ele almaktadır. Yerel yönetimlere tanınan özerklik belli bir yerde oturmaktan kaynaklı ihtiyaçların doğurduğu hizmetlerin yürütülmesi amacıyla tanınan özerkliktir³⁰. Türk Hukuku’nda merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki önemli yetkileri esas alınarak yerel yönetim özerkliği, “kontrollü adem-i merkeziyet” olarak da adlandırılmaktadır³¹.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın³² 3. maddesinde ise özerklik kavramı; yerel makamların, kanunlarla belirtilen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ile yönetme hakkı ve imkânı olarak ifade edilmiştir.

Fransız Hukuku’nda yerel yönetimlerin özerkliği sadece idari örgütlenmeye ilişkin bir ilke olarak ele alınmamakta aynı zamanda yurttaşların kolektif özgürlüğüne ilişkin bir mesele olarak ele

²⁹ AYM, 22.06.1988, E.No:1987/18, K.No:1988/23.

³⁰ Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*, 5. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 227.

³¹ Yaşar, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2013, s. 107.

³² <http://www.migm.gov.tr/AvrupaKonseyi/OzerklikSarti.pdf>.

alınmaktadır³³. Bu çerçevede Conseil d'Etat verdiği bir kararla³⁴ Anayasa'nın 72. maddesinde yer alan yerel yönetimlerin özerkliği ilkesini, temel özgürlüklerden biri olarak ele aldıktan sonra bu özgürlüklerin güvence altına alınması için İdari Yargılama Kodu'nun L 521-2 maddesinde öngörülen özel koruma sisteminden yararlanabileceğine hükmetmiştir. Somut norm denetimine ilişkin bir kararında Anayasa Konseyi de yerel yönetimlerin özerkliğini Anayasa'nın 61-1 maddesi anlamında korunan hak ve özgürlüklerden biri olarak kabul etmiştir³⁵.

Yerel yönetimlerin sahip olduğu özerkliğin işler hale gelebilmesi için birtakım koşulların sağlanması gerekir. Bu koşullar belde sakinlerinin ihtiyaçlarının en iyi şekilde karşılanması için yerel yönetimlere belli bir çerçevede hareket serbestisi tanınmasına ilişkindir.

Yerel yönetimlerin özerkliğinden bahsedebilmenin temel koşulu öncelikle yerel yönetimlerin varlığı, kuruluşu teminat altına alınmalıdır. Bu çerçevede belde, belde sakinleri ve kamu tüzel kişiliği unsurlarından oluşan yerel yönetimler³⁶, anayasal güvenceye alınmışlardır. Anayasa'da sayma usulü ile belirlenen yerel yönetimlerin kurulması kanun koyucu için öngörülmüş bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Anayasal güvenceye sahip bu idarelerin Anayasa değiştirilmediği sürece ne merkezi idare ne de kanun koyucu tarafından kaldırılması mümkündür³⁷. Anayasa koyucunun verdiği izne dayanarak kanun koyucu büyük yerleşim merkezleri için ayrı bir yönetim biçimi belirleyebilir. Ancak kanun koyucunun Anayasa'da sayılan yerel yönetimlerin kamu tüzel kişiliğini ortadan kaldırmak suretiyle başka bir yerel yönetim türü öngörmesi kanımızca Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Bu çerçevede büyükşehirlerde il özel idareleri ile köylerin tüzel kişiliklerinin

³³ Douence, Jean-Claude, Le Statut Constitutionnel des Collectivités Territoriales. *Encyclopédie des Collectivités Locales*, 2005, mise à jour mars 2014, Chapitre 1, Folio: 63, Dalloz, par. 97-98.

³⁴ Conseil d'Etat, Sect., 18 Ocak 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, aktaran Douence, par. 98.

³⁵ Conseil Constitutionnel, 2 juillet 2010, no: 2010-12, *Commune de Dunkerque*. Bu yöndeki diğer karar örnekleri için bkz. Verpeaux, Michel, Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration, Note sous l'arrêt de Conseil Constitutionnel, 17 mars 2011, Syndicat mixte chargé de la gestion de contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete, no: 2010-107 QPC. *AJDA*, Sayı: 30, s. 1737.

³⁶ Douence, par. 27.

³⁷ Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta, 2009, s. 234.

kaldırılması ve belediyelerin büyükşehir ilçe belediyelerine dönüştürülmesine ilişkin 6360 sayılı Kanun Anayasa'ya aykırı bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir³⁸. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu Kanun'u, büyük yerleşim merkezlerinin ve bu yerler için getirilecek özel yönetim biçimlerinin Anayasa'nın 127. maddesinde belirlenmediğine, bu belirlemelerin kanun koyucunun takdirine bırakıldığına dayanarak Anayasa'ya uygun bulmuş, mevcut yerel yönetimlerin kaldırılmasını, yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi bakımından özel olarak değerlendirme konusu yapmamıştır³⁹.

Anayasa'da öngörülen yerel yönetimlerin kaldırılarak yerine başka bir yerel yönetim kurulması ancak buna yetki veren anayasal bir düzenleme ile mümkündür. Nitekim Fransa'da 2003 değişikliklerinden önce de sonra da 1958 Anayasası, Anayasa'da öngörülmeyen yerel yönetim oluşturma yetkisini kanun koyucuya tanımıştır. 2003 Anayasa değişikliği ile ise kanun koyucuya gerektiğinde bir ya da birden çok yerel yönetimin yerine başka bir yerel yönetim kurma yetkisi tanınmıştır (madde 72/1). Bu değişiklik de yerel yönetimlerin varlığını garanti altına alan anayasal güvenceyi büyük ölçüde etkisiz kıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁰. Bununla birlikte yerel yönetimlerin özerkliği açısından kanun koyucunun başka bir yerel yönetimi kaldırmaksızın kurduğu yerel yönetime ilişkin kanunun anayasaya uygunluk denetimi daha sınırlı iken başka yerel yönetim veya yönetimler kaldırılmak suretiyle yerel yönetim kurulmasına ilişkin kanunun anayasaya uygunluk denetimi daha kapsamlı yapılmaktadır⁴¹. Son olarak belirtilmelidir ki Anayasa'da sayılan yerel yönetimlerle, kanun koyucu tarafından öngörülen yerel yönetimler aynı anayasal statü ve güvenceye sahiptirler. Bu çerçevede özerk yönetim ilkesi kanun koyucu tarafından öngörülen yerel yönetimler için de geçerlidir⁴².

Kuruluşu dışında yerel yönetimlerin özerkliği; yerel konularda genel yetkilere ve karar alma özerkliğine sahip olmayı ve bu yetkilerin

³⁸ Gözler, Kemal, 6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İilde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Hâline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 122, s. 39, <http://www.idare.gen.tr/6360-elestriler.pdf>, (Erişim Tarihi: 15 Kasım 2014).

³⁹ AYM, 12.09.2013, E.No: 2013/19, K.No: 2013/100.

⁴⁰ Douence, par. 57.

⁴¹ Douence, par. 86.

⁴² Douence, par. 63.

kullanılması amacıyla personele, özellikle sözleşme serbestisi çerçevesinde hukuki araçlara ve mali kaynaklara sahip olmayı da gerekli kılar. Bu çerçevede yerel yönetimlerin yetkilerinin ve merkezi idarece denetimlerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliği yerel yönetimlerin özerkliği açısından bir güvence niteliğindedir⁴³. Kanuni idare ilkesi yerel yönetimlerin özerkliğini sağlayan ilkelerden biri olarak kabul edilmelidir. Nitekim bu ilke Anayasa'da yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği şeklinde somutlaşmıştır (madde 127/2). Kanuni idare ilkesi sadece yerel yönetimler için değil yerel yönetimlerin kendi aralarında kurdukları birlikler için de geçerlidir. Yerel yönetimlerin kurdukları birliklerin de görev ve yetkileri ile merkezi idare ile ilişkilerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir (127/son).

Fransız Hukuku'nda da yerel yönetimlerin özerkliğini güvence altına almak üzere anayasa koyucu yerel yönetimlerin özerkliklerini, yetkilerini ve mali kaynaklarını kanun ile düzenlenecek alanlar arasında saymıştır (madde 34). Fransa'da yerel yönetimlerin yetkilerini, teşkilatını ve kaynaklarını düzenleme yetkisi ister sıradan bir kanun isterse organik kanun şeklinde olsun kanun koyucunun tekelindedir. Kanun koyucunun bu yetkisini kullanırken uyması gereken ilkeler ise Cumhuriyetin bölünmezliği ve idari özerklik ilkeleri olarak ele alınmaktadır⁴⁴. Yerel yönetimlere sağlanan kanun ile düzenlenme güvencesi içtihatlarla yerel yönetim birlikleri ile yerel kamu kurumlarını da içine alacak şekilde genişletilmiştir⁴⁵.

Bu açıklamalar ışığında OSB'lere tanınan yetkilerin yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi doğrultusunda hukuka uygunluk meselesi açısından değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucu tarafından anayasal güvenceye sahip yerel yönetimlerin yetkili oldukları belde sınırları içinde belli bir bölgenin yerel yönetimlerin yetki alanından çıkarılması yerinden yönetim ilkesine uygun bir düzenleme olarak kabul edilemez. Bunun dışında OSB'lere tanınan bazı ayrıcalıklar da yerel yönetimlerin mali

⁴³ Touvet, Laurent/Ferstenbert, Jacques/Cornet, Claire, *Les Grands Arrêts de la Décentralisation*, Paris: Dalloz, 2001, s. 5-7.

⁴⁴ Favoreu, Louis, La Notion Constitutionnelle de Collectivité Territoriale. Petit, Jacques (Ed.). *Les Collectivités Locales Mélanges en l'Honneur de Jacques Moreau*. 2003, Paris: Economica, s. 158

⁴⁵ Douence, par. 144.

kaynaklarının azalması sonucunu doğurmaktadır. 4562 sayılı Kanun'un ilk şeklinde arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının OSB tarafından verilip denetleneceği düzenlenmiş ancak işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin harçlar konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir (madde 4/7). 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 85. maddesi h fıkrası ile bu harçların OSB'ler tarafından tahsil edilerek belediye ya da il özel idaresi hesabına yatırılacağına ilişkin cümle eklenerek sorun çözülmüştür. Yine 4562 sayılı Kanun'un 21. maddesinin 2. fıkrasında yer alan atıksu arıtma tesisi işleten bölgelerden, belediyelerce atıksu bedeli alınmayacağı yolundaki düzenleme yerel yönetimlerin hem karar alma özerkliklerine hem de mali özerkliklerine aykırı bir düzenlemedir. Nitekim yerel yönetimlerin gelirlerini ortadan kaldıracak nitelikteki düzenlemeler Anayasa'ya uygunluk denetiminde, yerel yönetimlerin özerkliğine aykırı düzenlemeler olarak kabul edilmekte ve iptal edilmektedir⁴⁶. Aynı şekilde yerel yönetimlerin sadece görüş bildirme şeklinde dahlini öngören hiçbir sınırlama getirmeksizin bu idarelere ait taşınmazların bedelsiz olarak kamu kurum ve kuruluşlarına devrini öngören bir kanuni düzenleme de Anayasa Mahkemesince yerel yönetimlerin hem idari hem de mali özerkliğini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir⁴⁷. Anayasa Mahkemesi kararlarında yerel yönetimlerin özerkliğinin bir parçası olarak kabul edilen mali özerklik “yerel özelliği baskın olan vergi, resim ve harçların, sınırları belli edilmek kaydıyla yerel idarelerin yetki alanları içinde bırakılması”nı mümkün kılmakta bu çerçevede demokratik devlet ilkesinin de bir gereği olarak yorumlanmaktadır⁴⁸. Bu çerçevede yerel yönetimlerin mevcut kaynaklarının karşılıksız kaldırılması ya da yeterli mali kaynak

⁴⁶ AYM, 10.05.1977, E.No: 1976/57, K.No: 1977/71. Fransız Hukuku'na ilişkin olarak bu yöndeki Anayasa Konseyi kararları için bkz. Touvet/ Ferstenbert/Cornet, s. 6-7; Favoreu, Louis/Roux, André, La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Sayı 12, 2002, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/la-libre-administration-des-collectivites-territoriales-est-elle-une-liberte-fondamentale.52098.html>, (Erişim Tarihi: 14 Kasım 2014).

⁴⁷ AYM, 27.02.2014, E.No: 2012/87, K.No: 2014/41.

⁴⁸ AYM, 10.04.2013, E.No: 2012/158, K.No: 2013/55; AYM, 11.09.2014, E.No: 2014/72, K.No: 2014/141.

getirilmeden yeni yetkiler tanınması halinde de özerkliklerinin bir görünümü olan mali özerklik ilkesi ihlal edilmiş sayılmaktadır⁴⁹.

Yerel yönetimlerin sundukları bazı hizmetlerden kamu yararı gerekçesiyle bedel talep etmemesi yerel yönetimlerin takdirine bırakılmalıdır. Yerel yönetimlerin karar organları bu çerçevede kararlar alabilir. Nitekim bazı hizmetlerin belediyelerce alınacak meclis kararıyla ücretsiz ya da indirimli bedellerle sunulması konusunda mevzuatta düzenlemeler bulunmaktadır (Belediye Kanunu, mad.15/5). OSB'ler konusunda da kanımızca bu şekilde bir düzenleme yapılarak takdir yetkisinin yerel yönetimlerin karar organlarına bırakılması, yerinden yönetim ilkesine uygun olacaktır. Bu değerlendirmeler dışında yerel yönetimlerin görev alanları bağlamında OSB'lere tanınan yetkilerin ele alınması gerekmektedir.

Belirtildiği üzere yerel yönetimlerin sahip olduğu özerkliğin görünümünden biri de yerel yönetimlerin görev alanlarına ilişkindir⁵⁰. OSB'lere tanınan yetkiler doğrudan yerel yönetimlerin görev alanları ile ilişkilidir. OSB'lere yerel yönetimlerin görev alanlarına dahil yetkilerin tanınıp tanınmayacağı sorusunun yanıtlanması için öncelikle yerel yönetimlerin görev alanları ve bu görev alanlarının anayasal güvence altına alınıp alınmadığı ele alınacaktır.

B. Yerel Yönetimlerin Görev Alanları

OSB'lere yerel yönetimlerin sahip olduğu yetkilerin tanınıp tanınmayacağı tartışmasında yanıtlanması gereken sorulardan biri de yerel yönetimlerin görev alanlarının anayasal güvenceye sahip olup olmadığına ilişkindir. Bu çerçevede kanun koyucunun yerel yönetimlerin görev alanına giren bir konuda bir başka kamu tüzel kişisini ya da özel hukuk kişisini görevlendirmesi mümkün müdür? Bu sorunun tartışılması yerel yönetimlerin özerkliğinin görünümünden biri olan işlevsel özerkliğin kapsamı ile bağlantılıdır. Yerel yönetimlere tanınan anayasal nitelikteki güvenceler sadece kurumsal yani organik anlamda bir özerkliği değil aynı zamanda işlevsel özerkliği de ifade etmektedir. İşlevsel özerklik yerel yönetimlerin etkin ve genel nitelikte görev ve yetkilerle donatılmış

⁴⁹ Douence, par. 186-188.

⁵⁰ Bénéit, Francis-Paul, Les Attributions des Collectivités Locales, La Répartition des Attributions. *Encyclopédie des Collectivités Locales*, 1987 mise à jour septembre 2004, Chapitre 1, Folio no: 4012, Dalloz, par. 3.

olmasını ve bu yetki ve görevlerin, merkezi idarenin ve diğer yerel yönetimlerin müdahalelerine karşı korunmasını gerektirmektedir⁵¹.

1. Yerel Yönetimlerin Görev Alanlarının Anayasallığı Sorunu

Yerel yönetimlere görev alanlarının anayasal bir güvenceye sahip olup olmadığı sorusunun yanıtlanmasında geçerli devlet yapısının dikkate alınması gerekmektedir. Türkiye’de ve Fransa’da geçerli olan üniter devlet sisteminde yerel yönetimlerin yetki alanları federal ya da bölgesel devletlerde olduğu gibi anayasal güvence altına alınmamıştır. Oysaki federal ya da bölgesel devletlerde devlet ile yerel yönetimler arasındaki yetkinin en yaygın düzenleniş şekli, devletin yetkilerinin anayasada sınırlı sayıda belirtilip bunun dışındaki alanlarda yerel yönetimlerin yetkili olduklarının düzenlenmesidir. Yerel yönetimlerin yetkilerini güvence altına almak üzere yetki konusunda çıkan uyuşmazlıkları çözümleme yetkisi de genellikle yargıya bırakılmıştır⁵². Gerçekten de üniter devlet yapısında geçerli olan yerinden yönetim, idari yerinden yönetim ya da idari adem-i merkeziyet olarak adlandırılmaktadır ve idari yerinden yönetimde federalizmden farklı olarak yerel yönetimlerin hukuki statüleri ve yetkileri yasama organınca belirlenmektedir. Ayrıca siyasi adem-i merkeziyette federe devletlerin sahip olduğu yasama ve yargı yetkileri yerel yönetimlere tanınmamış, bu idareler sadece idari yetkilerle donatılmışlardır⁵³.

Fransa’da 2003 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile 1. maddeye örgütlenmesinin yerinden yönetimci olduğu şeklinde eklenen cümlenin devlet yapısında bir değişikliğe neden olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Söz konusu değişikliğin federalizm gibi farklı bir devlet şekli ya da bölgesel devlet gibi üniter devlet yapısı içinde farklı bir modele vücut vermediği kabul edilmektedir⁵⁴. Dolayısıyla yerel yönetimlerin görev alanlarına ilişkin anayasal düzeyde bir güvence sağlanmadığından Türkiye’de olduğu gibi Fransa’da da hâlihazırda yerel yönetimlerin görevlerini belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bununla birlikte

⁵¹ Touvet/ Ferstenbert/Cornet, s. 5.

⁵² Janicot, Laetitia, Réflexions sur la Notion de Compétences Propres Appliquée aux Collectivités Territoriales en Droit Français, *AJDA*, Sayı: 29, 2004, s. 1574.

⁵³ Onar, Sıddık Sami. (1952). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Birinci Kitap, 1952, İstanbul: Marifet Basımevi, s. 462-463; Günday, s. 70.

⁵⁴ Gohin, Olivier, La Nouvelle Décentralisation et la Réforme de l’Etat en France, *AJDA*, Sayı: 11, 2003, s. 523-524.

düzenlemeyi yerel yönetimlerin özerkliğini güçlendirme yönünde sergilenen siyasî irade olarak okumak mümkündür. Bunun dışında Fransa’da Yeni Kaledonya ve Fransız Polinezyası söz konusu olduğunda bu yerel yönetimlerin özerk statüleri olduğu ve bu statülerinin kısmen anayasal güvenceye bağlandığı söylenebilir. Bu çerçevede Fransa’da üniter devlet yapısı içinde idari yerinden yönetimin geçerli olduğu ancak diğer yandan Yeni Kaledonya ve Fransız Polinezyası söz konusu olduğunda ise politik bölgesel devlet yapısının geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵⁵.

OSB’lerin yetkilerinin hukuka uygunluğu tartışmasında Fransa’daki özel statülü özerk deniz aşırı yönetimler olan Yeni Kaledonya ve Fransız Polinezyası’nın statüsünün ayrıca tartışılması zorunlu değildir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki Fransız Hukuku’nda üniter devlet modeli içinde özerkliği özel olarak düzenlenmiş ve güçlendirilmiş yerel yönetimler mevcuttur. Söz konusu deniz aşırı yönetimlerin statülerini düzenleyen organik kanunlarda görev alanları tek tek sayılmış ve bu alanda “*ülke kanunları (lois du pays)*” adı altında düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Bu yönetimlere tanınan yetkilerin niteliği ve ülke kanunlarının hukuki niteliği konusu tartışılmıştır. Fransız Polinezyası örneğinde meclisin yaptığı ülke kanunları idari işlem olarak kabul edilmektedir ve bu işlemlerin yargısal denetimi Conseil d’Etat tarafından gerçekleştirilmektedir⁵⁶. Dolayısıyla bu ülke kanunları için Anayasa değişikliği ile getirilen somut norm denetimine gitmek mümkün değildir. Bununla birlikte Fransız Polinezyası, kendisine bırakılmış alanlara ilişkin her türlü devlet müdahalesine karşı Anayasaya Konseyine başvurmak suretiyle kanunun iptalini sağlayabilir. Yeni Kaledonya söz konusu olduğunda ise Kongre tarafından çıkarılan ülke kanunları Anayasa Konseyi’nce yapılan somut norm denetimine konu olabilmektedir⁵⁷.

Üniter devlet yapısının geçerli olduğu devletlerde, yerel yönetimlerin federal ya da bölgesel devletlerde olduğu gibi anayasada sayılmış yetkileri bulunmamakta yerel yönetimlerin yetki ve görevlerini

⁵⁵ Gohin, s. 526.

⁵⁶ 27 Şubat 2004 tarih ve 2004-192 sayılı Organik Kanun, madde 140.

⁵⁷ Guillaume, Marc, QPC: textes applicables et premières décisions. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Sayı 29, 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/qpc-textes-applicables-et-premieres-decisions.52730.html>, (Erişim Tarihi: 14 Ocak 2015).

belirleme yetkisi kanun koyucuya bırakılmaktadır. Anayasa koyucu merkezi idare ile yerel yönetimler arasında yetki paylaşımına ilişkin özerk yönetim ilkesi ya da yerinden yönetim ilkesi gibi genel ilkeler koymakla yetinmekte, genel nitelikteki bu ilkeler ise somut alanlar belirlemeye elverişli olmamaktadır⁵⁸.

Fransız Anayasa Konseyi de üniter devletteki yerel yönetimlerin yetkilerini, federal ya da bölgesel devletlerdeki anayasa ile güvence altına alınmış ve sayılmış yetkiler olarak ele almamaktadır. Anayasa Konseyi kanun koyucu için geçerli olan, yerel yönetimlere özerk yönetim ilkesine aykırı yükümlülük getirmeme zorunluluğunu; genel ve etkin yetkiler tanımak ya da yerel yönetimler arasındaki eşitlik ilkesi gereği bu idareler arasında vesayet ilişkisi doğuracak nitelikte düzenleme yapmama olarak ele almaktadır⁵⁹. Nitekim Fransa'da yerel yönetimler arasındaki vesayet yasağına ilişkin Yerel Yönetimler Genel Kodu'nda yer alan düzenleme (madde L111-3) 2003 Anayasa değişikliği ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur (mad. 72/5).

2. Yerel Yönetimlerin Görevlerinin Kanun Koyucu Tarafından Düzenlenmesi

Kanun koyucu yerel yönetimlerin görevlerini iki şekilde düzenlemektedir. Yerel yönetimlerin görevleri kanun koyucu tarafından sayma şeklinde belirlenebileceği gibi genel yetki kuralı şeklinde de belirlenebilir. Türk Hukuku'nda yerel yönetimlerin görev ve yetkileri sayma suretiyle belirlenmiştir. Yerel yönetimlerin görev alanlarını düzenleyen kanunlarda (5302 sayılı Kanun, madde 6, 5393 sayılı Kanun, madde 14, 5216 sayılı Kanun, madde 7, 442 sayılı Kanun, madde 12-14) kimi zaman yerel yönetimlerin görevleri somut olarak belirlenmiş kimi zaman hizmet alanları belirlenmekle yetinilmiştir. Kanuni idare ilkesinin bir sonucu olarak yerel yönetimlerin görevlerinin tek tek sayılmasa da kategorik olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerekir⁶⁰.

⁵⁸ Janicot, s. 1575.

⁵⁹ Genel ve etkin yetkiler tanımaya ilişkin karar için bkz. CC, 8 Ağustos 1985, no: 85-196 DC, Rec. s. 63; Vesayet ilişkisi doğuracak şekilde düzenleme yapmama yükümlülüğüne ilişkin karar için bkz. CC, 17 Ocak 2002, no: 2001-454 DC, aktaran Janicot, s. 1576-1577.

⁶⁰ Karahanoğulları, Onur, Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi, *Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu*, 2013, Ankara, 65-97, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/yerelozerklik.htm>, (Erişim Tarihi: 5 Ocak 2015).

Kanun koyucu hizmet alanının soyut olarak belirlendiği durumlarda da belediye ve il özel idarelerinin görev alanlarını mahalli müşterek nitelikte olma şartına bağlamıştır. Yerel yönetimlerin görevlerinin mahalli müşterek olmak kaydıyla sayılması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira böyle bir ifadeye yer verilmesi halinde yerel yönetimlerin görev alanlarının kanun koyucu tarafından belirlendiğini söylemek mümkün gözükmemekte ve bu görevleri kimin belirleyeceği ve akabinde merkezi idare ile yerel yönetimler konusunda ihtilaf çıkması halinde sorunun nasıl çözümleneceği konusunda bir dizi meseleyi de beraberinde getirmektedir⁶¹. Ancak Anayasa Mahkemesi mahalli müşterek ihtiyaç ifadesine yer verilmesini görevlerin somutlaştırılması olarak kabul etmiş ve belirlenen hizmet alanlarının mahalli müşterek ihtiyaç olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır⁶². Mahalli müşterek ihtiyaç kavramına ilişkin kanuni bir tanımlama mevcut değildir. Anayasa Mahkemesi bu kavramı verdiği bir kararda şu şekilde tanımlamıştır; “(...) herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentiler(...)” dir⁶³.

Yerel yönetimlerin görevlerini mahalli müşterek ihtiyaç koşuluna bağlayan kanuni düzenleme karşısında, yerel yönetimlerin görev alanlarını alacakları kararlar ve üstlenecekleri hizmetlerle belirleyecekleri söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin mahalli müşterek ihtiyacın tanımlanması yetkisinin yerel yönetimlerin karar organlarına ait olduğuna ilişkin kararı da mevcuttur⁶⁴. Ancak bu durumda da yerel yönetimlerle merkezi idare, yerel yönetimlerin kendi arasında hatta yerel yönetimlerle kamu kurumları arasındaki yetki paylaşımına ilişkin çatışmalar sürecektir⁶⁵.

⁶¹Ulusoy, Ali. (2005). Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi. *Danıştay ve İdari Yargı Günü*. 137. Yıl, 2005, s.111, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105144.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2014).

⁶²AYM, 18.01.2007, E.No: 2005/32, K.No: 2007/3.

⁶³AYM, 22.06.1988, E.No:1987/18, K.No:1988/23.

⁶⁴AYM, 22.06.1988, E.No:1987/18, K.No:1988/23

⁶⁵Ulusoy, s. 113.

Belirtmek gerekir ki yerel yönetimlerin etkin yetki ve görevlerle somutlaşan işlevsel özerkliği sadece merkezi idareye karşı değil onların diğer yerel yönetimlere karşı korunmasını da ifade eder. Bu çerçevede bir yerel yönetimi diğerine tabi kılabilecek şekilde yetki transferi mümkün değildir⁶⁶. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere Fransız Hukuku'nda yerel yönetimler arasında vesayet kurulamayacağına ilişkin anayasal düzenleme mevcuttur. Türk Hukuku'nda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte vesayet yetkisinin Anayasa'da merkezi idareye tanınmış olmasından hareketle yerel yönetimler arasında vesayet ilişkisi kurulamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁷. Dolayısıyla diğer yerel yönetimler karşısındaki konumu da yerel yönetimlerin özerkliğini belirleyen unsurlardan biri olup Türk Hukuku'nda büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasında yaşanan yetki çatışmaları da özerkliği ilgilendiren bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁸.

Türk Hukuku'nda yerel yönetimleri, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının 4. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği şekliyle başka kurum ve kuruluşlara bırakılmamış ya da yasaklanmamış alanlarda görevli sayma şeklinde somutlaşan genel görev sistemini benimseme girişimi olmuştur. Bu girişimlerin ilki; 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun ile merkezi idarenin görev alanlarının tek tek sayılması (madde 7) ve taşra teşkilatlarının sınırlandırılması, yerel yönetimlerin görevlerinin ise mahalli müşterek ihtiyaçlara ilişkin her türlü görev ve yetkiler olarak

⁶⁶ Alcaraz, Hubert. (2009). Le Principe de Libre Administration des Collectivités Territoriales dans la Jurisprudence Constitutionnelle Après la Révision Constitutionnelle du 28 mars 2003. *RFDA*, Sayı Mayıs-Haziran, 2009, s. 502.

⁶⁷ Gözler/Kaplan, s. 116; Karahanoğulları, 2013; Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, 25.01.2007, E.No: 2004/79, K.No: 2007/6. Anayasa Mahkemesi bu kararında büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyelerinin hazırladıkları imar planlarını aynen ya da değiştirerek onaylama yetkisini, vesayet yetkisinin merkezi idareye tanındığı gerekçesi ile vesayet yetkisi olarak nitelememiştir. Yüksek Mahkemeye göre ilçe ve ilk kademe belediye meclis üyelerinden oluşan büyükşehir belediye meclislerine imar konusunda aynen ya da değiştirerek onaylama yetkisi veren düzenleme, Anayasa'nın 127. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde ifade edilen büyük yerleşim yerleri için öngörülen özel yönetim biçimi kapsamında bir yetki kullanımıdır.

⁶⁸ Karaarslan, Mehmet, *Türkiye'de Yerel Yönetimler Reformu Bağlamında Yerel Yönetimlerin Özerkliği ve Denetimi*. Doktora Tezi. Ankara: AÜSBE, 2007, s.182-183. file:///C:/Users/MacBook%20Pro/Downloads/2496%20(1).pdf , (Erişim Tarihi: 14 Ocak 2015).

belirlenmesi (madde 8) Söz konusu Kanun Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderildikten sonra tekrar görüşülmediğinden kanunlaşmamıştır. Daha sonra 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda da belediyelerin kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri yapmaya yetkili olduğu (14. maddenin 2. fıkrası) hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ise çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda idareye görev ve yetki verildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir⁶⁹.

Kanun koyucunun yerel yönetimlerin görevlerini belirlemesine yönelik olarak Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında vurgu yaptığı etkinlik ve ekonomik verimlilik ile hizmetin yerine getirilmesinden doğan yararın belli bir coğrafi alanla sınırlı olup olmamasına ilişkin olarak yerellik ve bölünebilirlik ölçütlerine⁷⁰ ilaveten mali adalet, siyasi sorumluluk, hizmette halka yakınlık ve geleneksellik gibi ölçütler de esas alınmaktadır⁷¹. Burada ölçek konusunda değinilmesi gereken bir husus da yerel yönetimlerin bir faaliyeti kendi aralarında kuracakları birlikler ile yerine getirmeleri mümkün ise kanun koyucunun bu faaliyeti yerel yönetimlere bırakmasının yerel yönetimlerin özerkliğine uygun bir yaklaşım olacağıdır. Nitekim anayasa koyucu sadece yerel yönetimleri değil yerel yönetimlerin kuracakları birlikleri de düzenlemiş ve güvence altına almıştır. Yerel yönetim birliklerinin anayasal güvenceye alınmasının gerekçesini; yerel ölçeği aşmakla birlikte birden çok yerel yönetimin biraraya gelerek işbirliği ile yerine getirmeleri mümkün olan hizmetleri merkezi idare yerine yerel yönetimlerin yürütmelerinin tercih edilmesi olarak kabul etmek gerekir.

Fransız Hukuku'nda ise 1983 yılında çıkarılan yerelleşme kanunlarına kadar yerel yönetimlerin yetki ve görevleri genel yetki kuralı ile belirlenmiştir. 1983 yılında çıkarılan kanunlarda ise sayma usulü tercih edilmiştir. Dolayısıyla hâlihazırda bu iki sistem arasında gerçek anlamda bir seçim yapılmamıştır⁷². 2010 yılına kadar belediye, il ve bölge

⁶⁹ AYM, 24.01.2007, E.No:2005/95, K.No:2007/5.

⁷⁰ Örnek, Acar, *Kamu Yönetimi*, İstanbul: Meram Yayın, 1991, s. 125.

⁷¹ Kalabalık, Halil, *Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2005, s. 281-289.

⁷² Jégouzo, Yves/Verpeaux, Michel, *Les Collectivités Territoriales*. Gonod, Pascale/Melleray, Fabrice/Yolka, Philippe. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2011, s. 313.

konseylerinin alacakları kararlar ile işlerini düzenleyecekleri yönündeki Yerel Yönetimler Genel Kodu'ndaki hükümlerden belediyelere ilişkin olanında değişiklik yapılmazken iller ve bölgeler için olan düzenlemelere “kanunla verilen yetki alanlarına ilişkin” ibaresi eklenmiştir. Belediyelere ilişkin genel yetki kuralının korunmasının sebebini belediyelerin tarihselliği ile açıklamak mümkündür. Zira belediyeler, diğerlerine göre en eski yerel yönetimler olup iller ve bölgeler, belediyeler esas alınarak düzenlenmiştir⁷³.

İllerin ve bölgelerin genel yetki kuralına ilişkin yapılan değişikliğin yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırı olduğu iddiası Anayasa Konseyince reddedilmiştir. Anayasa Konseyi iller ve bölgeler için, belediye konseylerinin belediye işlerini alacağı kararlarla düzenleyeceği yolundaki genel yetki kuralına benzer hükümleri içeren Yerel Yönetimler Genel Kodu hükümlerinin kanunla verilen yetki alanlarına ilişkin ibaresini ekleyen 17 Aralık 2010 tarih ve 2010-1563 sayılı Kanun hükümlerini yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırı bulmamıştır. Anayasa Konseyi söz konusu kararında yerel yönetimler arasındaki eşitlik ilkesine değinmeksizin düzenleme ile getirilen sınırlamanın yerel yönetimlerin genel yetki kuralını ihlal eder nitelikte olmadığına, kanun koyucu tarafından başka bir kamu tüzel kişisi yetkilendirilmediği sürece söz konusu yerel yönetim organlarının hertürlü kararı alabileceğine, hükmetmiştir⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki Fransız Hukuku'nda yerel yönetimleri ve görev alanlarını belirleme yetkisi kanun koyucuya ait olmakla birlikte 2003 Anayasa değişikliği ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. 2003 Anayasa değişiklikleri ile getirilen “kanun ya da düzenleyici işlem, sınırlı bir konu ve süre için, deneme amaçlı hükümler içerebilir” (madde 37-1) şeklindeki düzenleme paralelinde yerel yönetimler ve birlikleri, organik kanun ile öngörülen koşullar çerçevesinde ve kamusal özgürlüklere ya da Anayasa ile güvence altına alınmış bir hakkın kullanımına ilişkin olmadıkça, kanun ya da kararname ile belli bir süre ve amaç ile sınırlı olarak deneme amaçlı yetkilerini düzenleyen kanun ya da idari düzenlemelerin dışına çıkabileceklerdir (madde 72/4).

⁷³ Douence, par. 27.

⁷⁴ CC, 9 décembre 2010, Loi de réforme des collectivités territoriales, no: 2010-618 DC, aktaran Verpeaux, Michel, Les Ambiguïtés Entretenues du Droit des Collectivités Territoriales. *AJDA*, Sayı 2, 2011, s. 106.

Kanun koyucu tarafından yerel yönetimlere kanun koyucu tarafından tanınacak görev ve yetkilerin tespitinde dikkate alınması gereken bir diğer ölçüt yerindenlik ilkesidir (principe de subsidiarité). Kamusal görevlerin merkezi idare ile yerel yönetimler arasında paylaşımında referans alınan yerindenlik ilkesi de ilk bakışta yerel yönetimleri güçlendirici bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Yerel Yönetimlerin Görevlerinin Belirlenmesinde Yerindenlik İlkesinin Yeri

Yerindenlik ilkesi Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda şu şekilde tanımlanmıştır; “kamu sorumlulukları genellikle ve tercihen vatandaşa en yakın olan makamlar tarafından kullanılacaktır. Sorumluluğun bir başka makama verilmesinde, görevin kapsam ve niteliği ile yetkinlik ve ekonomi gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır” (madde 4/3). Kavram vatandaşa yakınlık vurgusu ile demokrasi kavramı çerçevesinde de ele alınmaktadır⁷⁵. Zaten yerinden yönetimin yer bakımından uygulanmasında da demokrasi düşüncesi egemendir⁷⁶. Bunun dışında asıl olarak yerindenlik ilkesi yerel yönetimler ile merkezi idare arasındaki görev bölüşümünde referans alınan bir ilke olarak değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede yerindenlik ilkesi ise vatandaşlara en yakın birimler olarak kabul edilen yerel yönetimlerin kamu hizmetini sunmada genel görevli olması, merkezi idarenin ise görevin kapsam ve niteliği ile yetkinlik ve ekonomik gerekler gibi durumların zorunlu kılması halinde kamu hizmeti sunabilmeleri olarak ele alınmaktadır. Bunun sonucunda da merkezi idarenin savunma, güvenlik ve dış ilişkilerle sınırlı şekilde kamu hizmetlerini üstlenmesi gerektiği bu alanlar dışında yerel yönetimlerin görevli olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷.

Belirtildiği üzere Türk Hukuku'nda yerel yönetimler, genel görevli birimler olarak ele alınmak suretiyle bu ilkeye yer verilmek istenmiş ancak bu yöndeki düzenlemeler ya kanunlaşmamış ya da Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

⁷⁵ Yaşar, s. 78.

⁷⁶ Onar, s. 465; Yıldırım, Turan, *Türkiye'nin İdari Teşkilatı*. (4. Baskı). İstanbul: Alkım Yayınevi, 2005, s. 42.

⁷⁷ Güner, Ayşe, Nasıl Bir Hizmet Bölüşümü? Temel İlkeler ve Türkiye Uygulaması. Mengi, Ayşegül (Ed.). *Yerellik ve Politika, Ruşen Keleş'e Armağan*. Ankara: İmge Kitabevi, 2007, s. 49.

Fransız Hukuku'nda da 2003 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 72. maddesine eklenen 2. fıkra ile adı açıkça zikredilmemekle birlikte, yerindenlik ilkesi yerel yönetimlere getirilen anayasal güvenceler arasında yer almıştır. Bu ilkenin getiriliş sebebinin, Anayasa'nın yerel yönetimlerin görevleri konusundaki yetersizliği gidermek olabileceği belirtilmiş, bununla birlikte söz konusu ilkenin bu konudaki kapsamı ihtiyatlı ele alınmıştır. Zira Anayasa'nın yetkilerin kanun ile düzenleneceği yolundaki 34. maddesi kaldırılmadığı sürece yerel yönetimlerin kendiliklerinden yetkinin yerel planda daha iyi kullanılacağı şeklinde düzenleme yapmaları mümkün değildir. Ayrıca bu düzenlemenin yetkilerin merkezi idare/ yerel yönetimler ile yerel yönetimler arasında paylaşılmasında kanun koyucunun takdir yetkisini sınırlayıcı nitelikte olmakla birlikte, her zaman en yakın yerel yönetimi ön plana çıkaran bir ilke olmadığı kabul edilmektedir. Zira bazen eşitlik ilkesinin en yakın yerel birimden ziyade ulusal ya da bölgesel düzeyde bir yetki tercihini gerektirebileceği savunulmaktadır⁷⁸.

Yine bu görüş paralelinde yerel yönetimlerin yetkilerinin kapsamının belirlenmesi ya da artırılması hususunda bu ilkenin etkin olmadığı görüşü de ileri sürülmektedir. Yerindenlik ilkesini sembolik ve politik olarak niteleyen Brisson, en uygun idarenin seçimi ve bu seçimden sonra ise hangi yetkilerin verileceği sorununun belirlenmesinin politik bir tercih olacağını ve bu çerçevede yetkilerin merkezi idare ile yerel yönetimler arasında paylaşımı konusundaki sorunu çözmediğini ifade etmektedir. Brisson'a göre yerindenlik ilkesi Fransız Hukuku'nda yeni bir ilke de değildir ve 2003 Anayasa değişikliği ile kabul edilen yerindenlik ilkesi, Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'ndan farklı olarak teknokratik bir bakış açısı ile kamusal faaliyetlerin etkililiği üzerine vurgu yapmaktadır. Oysaki Şart'ta bu bakış açısı ikinci planda olup ön planda olan karar alma yetkisi bakımından demokratik yakınlığa yapılan vurgudur. Nitekim Anayasa değişikliğine ilişkin parlamento görüşmeleri sırasında da kanun koyucunun yetki paylaşımı konusunda belli ölçüde takdir yetkisine sahip olması gerektiği ve anayasa yargısı kapsamında yapılacak incelemenin açık hata denetimi ile sınırlı olması gerektiği belirtilmiştir⁷⁹.

⁷⁸ Douence, par. 181-183.

⁷⁹ Brisson, Jean-François, Les Nouvelles Clefs Constitutionnelles de Répartition Matérielle des Compétences entre l'Etat et les Collectivités Locales. *AJDA*, Sayı: 11, 2003, s. 532.

Öğretide bu ilkenin yerel yönetimler için kanun koyucunun müdahalesine kapalı, anayasal nitelikte minimum bir yetki alanı sağlayıp sağlamadığı da tartışılmıştır. İlk bakışta yerel yönetimler lehine yetki artışı sağlayacağı izlenimi doğursa da kanun koyucunun müdahale edemeyeceği yetki alanları yaratmayacağı belirtilmiş ve kanun koyucunun merkezi idare ve yerel yönetimler ya da yerel yönetimler arasında biri lehine vesayet yetkisi öngörmedikçe yetki paylaşımına ilişkin hertürlü düzenlemeyi yapabileceği vurgulanmıştır⁸⁰. Gerçekten de kanun koyucuyu hedeflenen amaçlara ulaşmada en uygun birimlere yetki devretmeye teşvik eder nitelikteki bu ilke, genel nitelikte bir kapsama sahip olması nedeniyle mevcut şekliyle yerel yönetimlerin işlevlerini somutlaştırma konusunda işlevsel değildir⁸¹.

Yerindenlik ilkesine ilişkin bu yaklaşım Anayasa Konseyi'nce de benimsenmiş görünmektedir. Anayasa Konseyi'nin denetiminin bu değişikliğe paralel olarak büyük ölçüde değiştiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim Anayasa Konseyi 2003 Anayasa değişikliğinden sonra verdiği bir kararda anayasa koyucu tarafından seçilen genel ifadelerin sonucu olarak, kanun koyucunun yerel yönetimler yerine merkezi idareye verdiği bir yetkiye ilişkin tercihin, ancak yetkinin özellikleri ve söz konusu menfaat dikkate alındığında yerel yönetimlerce daha iyi şekilde yerine getirileceği açık bir şekilde ortaya konulabiliyorsa iptal edilebileceğini vurgulamıştır. Yani ancak açık bir takdir hatası var ise Anayasa Konseyi söz konusu düzenlemeyi iptal edecektir⁸². Yine illerin ve bölgelerin genel yetki kuralını kaldırdığı iddia edilen düzenelemenin yerindenlik ilkesine aykırı olduğu savını da gerekçelendirmeden reddetmiştir⁸³. Bu kararlar Anayasa Konseyince yapılacak denetimin açık takdir hatası ile sınırlı olacağını göstermektedir. Dolayısıyla yerindenlik ilkesi esas alınarak yapılacak yetki paylaşımına karar verecek organ yasamadır⁸⁴. Anayasa Konseyinin yapacağı denetimin sınırlılığı yerindenlik ilkesinin ifade ediliş biçiminden de kaynaklanmaktadır. Zira bu ilke Fransız Hukuku'nda belirtildiği üzere hizmetin en iyi hangi

⁸⁰ Alcaraz, s. 500-502.

⁸¹ Janicot, s. 1575.

⁸² CC, 7 Temmuz 2005, no: 2005-516 DC, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, aktaran Douence, par. 184-1.

⁸³ CC, 9 décembre 2010, Loi de réforme des collectivités territoriales, no: 2010-618 DC, aktaran Verpeaux, Les Ambiguïtés Entretenues ..., s. 106.

⁸⁴ Alcaraz, s. 504.

ölçekte yerine getireceğine vurgu yapan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirsiz kavramlarla ele alınan bu ölçüğün tespitinin de yasama organına ait olduğu belirtildikten sonra⁸⁵ yasama organının merkezi idareye yetki vermesi halinde verilen yetkinin yerel yönetimlere nazaran merkezi idarece daha iyi yerine getirileceği şeklinde bir kanıt getirme yükümlülüğü olmadığı ileri sürülmektedir⁸⁶.

Somut norm denetiminin kabulünden sonra Anayasa Konseyi'ne yapılan başvurularda da Anayasa Konseyi'nin yerel yönetimlerin özerkliği ya da yetki alanlarında artış sonucunu doğuracak şekilde kararlar verdiğini söylemek zordur. Somut norm denetimine ilişkin reform sonrasında Anayasa Konseyi'ne başvurular belli bir ölçüde artmakla birlikte anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanunlar nadiren iptal edilmiştir. Verilen iptal kararları yerel yönetimlerin görev alanları ile doğrudan ilişkili kararlar değildir. İptal kararları dışında Anayasa Konseyi'nin verdiği kararların çoğunda dayandığı gerekçe, kanuni düzenlemenin kamu yararı amacıyla çıkarıldığı, düzenleme konusunun kamu yararına uygun olduğu ve kanuni düzenlemenin amacı ile yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin sınırlandırılmasında ölçüsüzlük bulunmadığı şeklindedir. Aynı yaklaşımı sergileyen Conseil d'Etat da benzer gerekçelerle uyuşmazlıklarda öne sürülen anayasaya aykırılık iddialarını ciddi bulmayarak Anayasa Konseyi'ne göndermeyi reddetmektedir⁸⁷.

Sonuç olarak Fransız Hukuku'nda yerindenlik ilkesi yerel yönetimlerin görev alanlarının belirlenmesinde ya da yetki artışı konusunda, ivme kazandıracak bir unsur olarak ele alınmamaktadır. Brisson'un belirttiği gibi politik tercihler belirleyici olmaktadır. Türk Hukuku'nda ise bu ilkenin kabulü aşamasında politik tercihler belirleyici olmuş ve ilke benimsenmemiştir. Böylece gerek Türk Hukuku'nda gerekse Fransız Hukuku'nda yerel yönetimlerin görev alanlarının

⁸⁵ Alcaraz, s. 505.

⁸⁶ Schoettl, Jean-Eric. (2005). La Loi de Programme Fixant les Orientations de la Politique Énergétique Devant le Conseil Constitutionnel. *LPA*, Sayı: 168, 2005, 3-11, <http://www.lextenso.fr.docelec.u-bordeaux.fr/weblextenso/article/afficher?id=PA200516801&origin=recherche;139&d=3627200661241>, (Erişim Tarihi: 09 Aralık 2014).

⁸⁷ Bu konuda Anayasa Konseyi kararı için bkz. CC, 26 avril 2013, no: 2013-309 QPC, SARL SCMC; Danıştay kararı için bkz. CE, 1er avril 2012, Commune des Angles, req. no: 353945, aktaran Douence, par. 171-2,3.

belirlenmesi yasama organının tasarrufundadır. Ancak yasama organı bu yetkisini kullanırken yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırı düzenlemeler yapamayacaktır. Bu çerçevede yetkilerin artırılması hususunda daha önce belirtildiği gibi yeterli mali kaynağın sağlanması gerekirken yetkilerin sınırlandırılması meselesinde ise yerel yönetimlerin özerkliğini güvence altına alacak etkin ve yeterli yetkileri sağlama koşulunun ihlal edilmemesi gerekir. Yargı organları da özellikle yetkilerin sınırlandırılması konusunda daha kapsamlı bir denetime gitmek suretiyle yasama organının takdir yetkisini yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi çerçevesinde denetleyeceklerdir.

4. Kanun Koyucu Tarafından Yerel Yönetimlere Tanınan Yetki ve Görevlerin Başka Kişi ya da Kurumlara Devri Meselesi

Kanun koyucu tarafından belirlenecek görev alanına ilişkin sorulması gereken soru, kanun koyucu tarafından mahalli müşterek nitelikte ihtiyaçların karşılanması amacıyla tanınan yetkilerin sonradan yapılan bir düzenleme ile özel hukuk kişisi olan OSB'lere devredilip devredilemeyeceğidir. Kanun koyucu bir ihtiyacı mahalli müşterek ihtiyaç olarak tanımladıktan sonra yerel yönetimlerin sahip olması gereken yetkileri bir başka tüzel kişiliğe tanımak noktasında da takdir yetkisine sahip midir? OSB'ler konusunda söz konusu olan bu şekilde bir yetki devridir. Yerel yönetimleri düzenleyen kanunlara eklenen düzenlemelerle OSB'ler yerel yönetimlerin yetki alanı dışına çıkarılmıştır. Yine bu şekildeki bir uygulamaya Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin son fıkrasına eklenen düzenleme⁸⁸ ile yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile sivil hava ulaşımına açık havaalanları ile bu havaalanları bünyesinde yer alan tüm tesisler Belediye Kanunu'nun kapsamından çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen kararında hizmetin ölçek ve güvenlik bakımından ulusal nitelikte olduğu gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur. Burada Anayasa Mahkemesi merkezi idare ile yerel yönetimler arasındaki yetki paylaşımında, hizmeti ulusal nitelikte suretiyle yerel yönetimlerin görev alanı dışına çıkarmıştır. Ölçek ve güvenlik konuları pekâlâ ulusal olarak nitelenebilir, ancak örneğin havaalanı tesislerinde açılacak işyerlerine ruhsat verilmesi faaliyetinin ulusal nitelikte olup olmadığı da tartışmaya açıktır.

⁸⁸ 5538 sayılı Kanun, madde 29.

Yine Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamında 27.10.1989 ve 388 sayılı KHK ile kurulan Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatına da yerel yönetimlere ait yetkiler devredilmiştir. İlk bölgesel kalkınma idaresi olarak nitelenen, tüzel kişiliğe sahip bu idareye devredilen (madde 3/f ve g) belediyelere ve diğer mahalli idarelere ait yetkiler konusunda Belediye Kanunu ile İmar Kanunu'nun uygulanmayacağı (madde 3 /3) yönündeki düzenlemeler, yerel yönetimlere tanınan anayasal güvencelere aykırıdır⁸⁹. Ancak Anayasa'nın 127. maddesi bakımından yapılan Anayasa'ya aykırılık başvurusunu Anayasa Mahkemesi reddetmiştir⁹⁰. Mahkeme gerekçesini, temel olarak 388 sayılı KHK'nin yerel yönetimlerin yetkilerine son vermediğine, yeterli mali olanakları ve teknik kadrolarının bulunmaması gibi nedenlerle yapamadıkları plan ve alt yapı gibi hizmetlerin, kurulan bu örgüt tarafından yerel yönetimlere herhangi bir yük getirilmeden yapılmasını öngördüğüne dayandırmaktadır. Oysaki yerel nitelikli bu görevlerin yerel yönetimlerin inisiyatifinde yerine getirilmesi devletin de yerel yönetimlere yeterli mali kaynakları sunması yerinden yönetim ilkesinin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu şekilde mali yük getirmeme esasına dayanarak kararını gerekçelendirmesi bir çeliskinin ifadesidir. Zira Yüksek Mahkemenin yukarıda zikredilen aksi yönde kararı da vardır. Bu karar yerel yönetimlerin işlevsel özerkliğine aykırı bir görünüm sergilemektedir⁹¹. Anayasa Mahkemesi'nin mali yük getirmeme gerekçesine dayanarak verdiği bu karar, özerkliğin görünümleri olan özellikle mali özerklik ve işlevsel özerklik arasındaki bağlantıyı da göz ardı ettiğini ortaya koymaktadır. Zira aslında farklı alanlar gibi görünse de özerkliğin görünümleri içiçedir ve yerel yönetimlerin özerkliğini sağlayan koşullar: yerel yönetimlere verilmiş etkin yetkiler ve mali kaynaklardır⁹². Dolayısıyla mali özerkliğin dikkate alınmaması işlevsel özerkliğin de ihlali sonucunu doğurmaktadır.

OSB'ler söz konusu olduğunda belde sınırları içindeki bir bölümün mahalli idarelerin yetki alanı dışına çıkarılmak suretiyle özel hukuk kişisi olan OSB tüzel kişiliğine aktarılması, gerek anayasal güvence altına

⁸⁹ Ozansoy, Cüneyt, Türkiye İdare Sisteminde Bir Parantez: GAP Olgusu. Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Alfa, 2002, s. 213-217.

⁹⁰ AYM, 17.07.1990, E.No: 1990/1, K.No: 1990/21.

⁹¹ Karaarslan, s. 197.

⁹² Douence, par. 176.

alınmış yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine gerekse kullanılan yetkilerin bazıları kolluk faaliyetine ilişkin olacağından kolluk faaliyetlerinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Aslında OSB'ler yerel yönetimlere ilişkin kanunların kapsamından çıkarılmışken bir yandan da yerel yönetimlere sanayi alanında görev verilmiş hatta 5393 sayılı Kanun'da sanayi alanları oluşturmak görevi açıkça (madde 73) belediyelere verilmiştir. Zaten yerinden yönetim ilkesi de organize sanayi bölgelerinin kuruluş ve yönetimleri ile bu bölgede kullanılacak yetkilerin yerel yönetimlere ait olmasını gerektirmektedir. Nitekim Fransız Hukuku'nda da bu yetki yerel yönetimler birliğine verilmiştir⁹³. Aksi halde mahalli müşterek nitelikli faaliyet olarak nitelenmekle birlikte mali ya da teknik yetersizlik gibi gerekçelerle kanun koyucu tarafından yerel yönetimlerin yetkilerinin başka kişi ya da kurumlara verilmesi yerel yönetimlere tanınan anayasal güvenceleri boşa çıkaracaktır. Oysa ki 1982 Anayasası 1961 Anayasasından farklı olarak yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanun ile düzenleneceğini öngörmek suretiyle kanun koyucu için yerel yönetimlerin özerkliğine ilişkin bir sınırlama getirmiştir⁹⁴

IV. SONUÇ

Kanun koyucu tarafından özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelenen ve sonraki değişikliklerde de bu statüsü korunan OSB'lere bu statüsüne karşın önemli kamusal yetkiler tanınmıştır. Kanun koyucunun bu tutumu, kamu yönetiminde hâkim olan yönetim anlayışının bir yansıması olarak okunabilir. Kamusal yetki ve ayrıcalıklarla donatılıp kamusal sorumluluk ilke ve kurallarından müstesna tutulan kalkınma ajansları⁹⁵ ve OSB'ler gibi yeni örgütler oluşturulmakta, bu örgütler de hukuki tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Katılım ve sorumluluk gibi konular açısından eleştirilen bu örgütlerin yerel yönetimler üzerindeki etkileri de temel eleştiri noktalarından birini oluşturmaktadır. Katılım payları ile önemli ölçüde kamusal kaynak aktarılan bu yapılara tanınan istisna ve muafiyetlerle

⁹³ Yerel Yönetimler Genel Kodu, madde 5214-16.

⁹⁴ Keleş, Ruşen, *Yerinden Yönetim ve Siyaset*. İstanbul: Cem Yayınevi, 1998, s.132.

⁹⁵ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 248-251.

yerel yönetimlerin hem mali özerklikleri hem de katılımcı demokrasi özellikleri sorgulanır hale gelmektedir⁹⁶.

OSB'lere tanınan yetki ve ayrıcalıklar mali özerklikleri dışında yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin bir başka görünümü olan görev alanlarını ihlal etmektedir. Her ne kadar görev alanları Anayasa'da somut olarak belirlenmemiş olsa da yerel nitelikli olarak belirlenerek yerel yönetimlerin görev alanlarına dâhil edilen alanların kanun koyucunun müdahalesiyle görev alanı dışına çıkarılması yerinden yönetim ilkesine uygun görünmemektedir.

KAYNAKÇA

- Alcaraz, Hubert. (2009). *Le Principe de Libre Administration des Collectivités Territoriales dans la Jurisprudence Constitutionnelle Après la Révision Constitutionnelle du 28 mars 2003*. RFDA, Sayı Mayıs-Haziran, 497-514.
- Atay, Ender Ethem. (2012). *İdare Hukuku*. 3. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bénoit, Francis-Paul. (1987 mise à jour septembre 2004). *Les Attributions des Collectivités Locales, La Répartition des Attributions*. *Encyclopédie des Collectivités Locales*, Chapitre 1, Folio no: 4012, Dalloz.
- Bozkurt, Tamer. (2008). "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş" Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: "Sözleşme Hürriyeti" Açısından Durum. *ABD*, Yıl: 66, Sayı: 1, 134-142.
- Brisson, Jean-François. (2003), *Les Nouvelles Clefs Constitutionnelles de Répartition Matérielle des Compétences entre l'Etat et les Collectivités Locales*. *AJDA*, Sayı: 11, 529-539.
- Chapus, René. (2001). *Droit Administratif Général*. (Tome I). Paris: Montchrestien.

⁹⁶ Özdek, Yasemin, Yönetişim ve Kalkınma Ajansları. *Yerel Yönetimler Kriz ve Halkın Hakları*. Ankara: Mattek Matbaacılık, 2009, s. 73-74.

- Çolak, Nusret İlker. (Haziran 2005). Organize Sanayi Bölgelerinin Hukuki Niteliği ve Kamulaştırma Yetkisi. *e-akademi*, sayı: 40, 04 Kasım 2014 tarihinde <http://e-akademi.org/makaleler/nicolak-3.htm> adresinden erişildi.
- Çolak, Nusret İlker. (Ocak 2007). Organize Sanayi Bölgelerinde Tüzel Kişilik ve Kanun Değişikliği Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Ergün A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*. 05 Kasım 2014 tarihinde <http://www.ilkercolak.com.tr/organize-sanayi-bolgelerinde-tuzel-kisilik-ve-kanun-degisikligi-tasari-taslaginin-degerlendirilmesi/> adresinden erişildi.
- Douence, Jean-Claude. (2005, mise à jour mars 2014). Le Statut Constitutionnel des Collectivités Territoriales. *Encyclopédie des Collectivités Locales*, Chapitre 1, Folio: 63, Dalloz.
- Favoreu, Louis. (2003). La Notion Constitutionnelle de Collectivité Territoriale. Petit, Jacques (Ed.). *Les Collectivités Locales Mélanges en l'Honneur de Jacques Moreau*. Paris: Economica. 155-163.
- Favoreu, Louis/Roux, André. (2002). La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Sayı 12, 14 Kasım 2014 tarihinde <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/la-libre-administration-des-collectivites-territoriales-est-elle-une-liberte-fondamentale.52098.html> adresinden erişildi.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman. (2012). *İdare Hukuku*. (5. Bası). İstanbul: Der Yayınları.
- Gohin, Olivier. (2003). La Nouvelle Décentralisation et la Réforme de l'Etat en France. *AJDA*, Sayı: 11, 522-528.

- Gözler, Kemal. (2013). 6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Hâline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?. *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 122, 37-82, 15 Kasım 2014 tarihinde <http://www.idare.gen.tr/6360-elestiriler.pdf> adresinden erişildi.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel. (2015). *İdare Hukuku Dersleri*. (16. Baskı). Bursa: Ekin.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan Turgut. (2014). *İdare Hukuku*. (10. Bası, Cilt I Genel Esaslar). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Guillaume, Marc. (2010). QPC: textes applicables et premières décisions. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Sayı 29, 14 Ocak 2015 tarihinde <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/qpc-textes-applicables-et-premieres-decisions.52730.html> adresinden erişildi.
- Günday, Metin. (2013). *İdare Hukuku*. (10. Baskı). Ankara: İmaj Yayıncılık.
- Güner, Ayşe. (2007). Nasıl Bir Hizmet Bölüşümü? Temel İlkeler ve Türkiye Uygulaması. Mengi, Ayşegül (Ed.). *Yerellik ve Politika, Ruşen Keleş'e Armağan*. Ankara: İmge Kitabevi, 47-66.
- Janicot, Laetitia. (2004). Réflexions sur la Notion de Compétences Propres Appliquée aux Collectivités Territoriales en Droit Français. *AJDA*, Sayı: 29, 1574-1583.
- Jégouzo, Yves/Verpeaux, Michel. (2011). Les Collectivités Territoriales. Gonod, Pascale - Melleray, Fabrice -Yolka, Philippe. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Dalloz. 269-331.
- Kalabalık, Halil. (2005). *Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku*. Ankara: Seçkin.
- Kalabalık, Halil. (2015). *İmar Hukuku Dersleri*. (7. Baskı). Ankara: Seçkin.

- Karaarslan, Mehmet. (2007). *Türkiye’de Yerel Yönetimler Reformu Bağlamında Yerel Yönetimlerin Özerkliği ve Denetimi*. Doktora Tezi. Ankara: AÜSBE. 14 Ocak 2015 tarihinde file:///C:/Users/MacBook%20Pro/Downloads/2496%20(1).pdf adresinden erişildi.
- Karahanoğulları, Onur. (2013). Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi. *Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu*. Ankara, 65-97, 05 Ocak 2015 tarihinde http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/yere_lozerklik.htm adresinden erişildi.
- Keleş, Ruşen. (1998). *Yerinden Yönetim ve Siyaset*. İstanbul: Cem Yayınevi.
- Onar, Sıddık Sami. (1952). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. (Birinci Kitap). İstanbul: Marifet Basımevi.
- Ozansoy, Cüneyt. (2002). Türkiye İdare Sisteminde Bir Parantez: GAP Olgusu. Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Alfa. 209-224.
- Örnek, Acar. (1991), *Kamu Yönetimi*. İstanbul: Meram Yayın.
- Özdek, Yasemin. (2009). Yönetişim ve Kalkınma Ajansları. *Yerel Yönetimler Kriz ve Halkın Hakları*. Ankara: Mattek Matbaacılık. 69-77.
- Schoettl, Jean-Eric. (2005). La Loi de Programme Fixant les Orientations de la Politique Énergétique Devant le Conseil Constitutionnel. *LPA*, Sayı: 168, 3-11, 09 Aralık 2014 tarihinde <http://www.lextenso.fr/docolec.u-bordeaux.fr/weblextenso/article/afficher?id=PA200516801&origin=recherche;139&d=3627200661241> adresinden erişildi.
- Touvet, Laurent/Ferstenbert, Jacques/Cornet, Claire. (2001). *Les Grands Arrêts de la Décentralisation*. Paris: Dalloz.

- Ulusoy, Ali. (2005). Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi. *Danıştay ve İdari Yargı Günü*. 137. Yıl, 105- 117, 12 Aralık 2014 tarihinde http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105144.pdf adresinden erişildi.
- Verpeaux, Michel. (2011). Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration, Note sous l'arrêt de Conseil Constitutionnel, 17 mars 2011, Syndicat mixte chargé de la gestion de contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete, no: 2010-107 QPC. *AJDA*, Sayı: 30, 1735-1739.
- Verpeaux, Michel. (2011). Les Ambiguïtés Entretienues du Droit des Collectivités Territoriales. *AJDA*, Sayı 2, 99-106.
- Yaşar, Hasan Nuri. (2013). *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları.
- Yayla, Yıldızhan. (2009). *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta.
- Yıldırım, Turan. (2005). *Türkiye'nin İdari Teşkilatı*. (4. Baskı). İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu Tasarısı Genel Gereğesine, 28 Ekim 2014 tarihinde <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss222.pdf> adresinden erişildi.
- Türkiye'de ve Dünyada OSB Uygulamaları başlıklı bölüme 05 Ocak 2015 tarihinde <http://www.osbuk.org.tr/index.php?page=content/ayrinti&id=1> adresinden erişildi.
- Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın metnine 04 Ocak 2015 tarihinde <http://www.migm.gov.tr/AvrupaKonseyi/OzerklikSarti.pdf> adresinden erişildi.

HÜKÜM UYUŞMAZLIĞINA BAŞVURU BİREYSEL BAŞVURU AÇISINDAN TÜKETİLMESİ GEREKEN BİR YOL MUDUR? (Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi)

Ufuk YEŞİL*

Özet

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü kullanılarak ihlâl edildiğini düşünen kişilere, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilme hakkı tanınmıştır. Ancak bu hakkın kullanımı bazı şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlardan birisi kanunlarda öngörülmuş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesidir. Farklı yargı kolllarına mensup mahkemelerce verilen kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilemediği durumlarda ortaya çıkan hüküm uyuşmazlığının çözümü için Uyuşmazlık Mahkemesine başvuru da, bireysel başvuru açısından tüketilmesi gereken yargısal yollardan birisidir ve bu yola müracaat edilmeden yapılacak bireysel başvuru, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle reddedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Uyuşmazlık Mahkemesi, Hüküm Uyuşmazlığı, Başvuru Yollarının Tüketilmesi

WHETHER A REQUEST FOR CONFLICT OF JUDGMENTS IS A REMEDY TO EXHAUST IN TERMS OF INDIVIDUAL APPLICATION?

(The Review of the Judgment of the Constitutional Court)

Abstract

With the Constitutional amendments on 2010, every person may apply to the Constitutional Court alleging that the public power has violated any one of his/her fundamental rights and freedoms secured under the Constitution. However, the use of this right depends on the existence of certain conditions. One of these conditions is the exhaustion of all administrative and judicial remedies prescribed by law. The Conflict of Judgment between assigned courts that belongs to different jurisdictions is one of the compulsory judicial ways that should be consumed in terms of individual application before the Constitutional Court and this regards, without using this procedure of the individual application will be rejected for non-exhaustion of remedies.

Keywords: Constitutional Court, Individual Applications, the Court of Jurisdictional Disputes, Conflict of Judgment, Exhaustion of Domestic Remedies,

* Dr. Hakim, Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri, ufukyasil333@gmail.com.

Giriş

Yargı ayrılığı (İdari rejim) sistemini benimseyen ülkemizde, bu sistemin bir sonucu olarak birden fazla yargı kolu faaliyet göstermektedir. Farklı yargı kollarına dahil mahkemelerin en az ikisi tarafından aynı konu ve sebebe ilişkin farklı kararlar verilmesi ve bu kararların kesinleşerek icrai nitelik kazanması mümkündür. Kararın kesinleşmesinin ardından bu kararın uygulanmasını isteyen tarafın ilgili idari makamlara başvurusu hâlinde, aynı konuda iki ayrı mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş kararlar bulunması ve kararlar arasında çelişki olması nedeniyle kararların hiçbirisi dava konusu olaya uygulanamamakta ve bu durum mağduriyetlere neden olmaktadır. Hak arama hürriyeti ile kanuni hâkim güvencesinin Anayasamızda düzenlenmiş olması ve hukuk devletinin bir gereği olarak kararlar arasındaki çelişkinin giderilip hakkın yerine getirilmesinin sağlanması için hüküm uyuşmazlığı müessesesi getirilmiş ve bu uyuşmazlığı çözüme görevi 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun¹ (UMK) ile Uyuşmazlık Mahkemesi (UM)² ne verilmiştir².

Çalışmanın konusunu, bir bireysel başvuru dosyasında iddia edilen hak ihlalleriyle ilgili hususların hüküm uyuşmazlığı kapsamında kalmasına rağmen, bu yola müracaat edilmeden Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması üzerine Mahkeme'nin, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin kararının incelenmesi oluşturmaktadır. Çalışmada, hüküm uyuşmazlığının oluşma şartları ve çözüm usulü ile başvuru yollarının tüketilmemesi kavramı ışığında Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesine yer verilmiştir.

I. Hüküm Uyuşmazlığı ve Çözüm Usulü

Hüküm uyuşmazlığı; UMK'nun 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiş bir başvuru yolu olup, farklı yargı kollarına dâhil mahkemelerden en az ikisi tarafından verilip kesinleşen kararlar

¹ 22.6.1979 tarihli ve 16674 sayılı Resmi Gazete.

² ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1859; TERCAN, Erdal, "Hüküm Uyuşmazlığında Uyuşmazlık Mahkemesince Esas Hakkında Yeni Bir Karar Verilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı**, S. 5, Ankara, 2015, s. 789-790, ("*Esas Hakkında*"); YEŞİL, Ufuk, **Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016, s. 254-255.

arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin imkânsız olması nedeniyle bu çelişkinin giderilmesinin UM'den istenilmesidir. Çalışmanın bu kısmında hüküm uyuşmazlığı ve bu uyuşmazlığın çözüm usulüyle ilgili hususlara yer verilecektir.

A. Genel Olarak

Hüküm uyuşmazlığı, UMK'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir³. Madde de hüküm uyuşmazlığı ve şartlarıyla ilgili: *“1 nci maddede gösterilen yargı mercilerinden en az ikisi tarafından, görevle ilgili olmaksızın kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş, birbirine uymayan kararlar arasında hüküm uyuşmazlığının varlığının kabul edilebilmesi için bu kararların aynı konuya ve sebebe ilişkin ve en az davacılarının aynı olması ve kararlar arasındaki uyumama yüzünden hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması gerekir. Ceza kararlarında sanığın, fiilin ve maddi olayların aynı olması hâlinde hüküm uyuşmazlığı varsayılır. İlgili kişi veya makam, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurarak hüküm uyuşmazlığının giderilmesini isteyebilir. Bu hâlde olumsuz görev uyuşmazlığının çıkarılması ile ilgili 15 ve 16 ncı maddelerdeki usul kuralları uygulanır.”* hükmüne yer verilmiştir.

Bu uyuşmazlıklarla ilgili inceleme usulünün düzenlendiği UMK'nun 25. maddesinde de: *“Hukuk alanındaki hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay yargılama usulünün bu kanuna aykırı olmayan hükümlerini uygulamak suretiyle anlaşmazlığın esasını da karara bağlar.*

Ceza alanındaki hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun bu kanuna aykırı olmayan hükümlerini uygular ve esasa ilişkin bir karar vermeksizin sadece o davayı hangi ceza mahkemesinin görüp karara bağlaması gerektiğini belirtmek suretiyle anlaşmazlığı çözer. Kazanılmış haklar saklı tutulur. Uyuşmazlık Mahkemesi hüküm uyuşmazlıklarını dosya üzerinde inceleyerek karara bağlar. Gerekli gördüğü hâllerde veya istek üzerine tarafları dinleyebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere hüküm uyuşmazlığının oluşumu ve çözümünde hukuk ve ceza uyuşmazlığı olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiş; hukuki konularda hüküm uyuşmazlığından

³ DİNÇ, M. İlhan, “Hüküm Uyuşmazlıkları ve Çözümü”, **Danıştay Dergisi**, S. 70-71, Ankara, 1988, s. 6-7; YEŞİL, s. 252.

bahsedebilmesi için; farklı yargı kollarına mensup mahkemelerden en az ikisi tarafından sebebi, konusu ve taraflardan en az biri aynı olan ve birbiriyle çelişen kesin veya kesinleşmiş kararların bulunması ve birbiriyle çelişen kararlar nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin imkânsız olması aranmış, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde UM'nin, Danıştay yargılama usulünün⁴ UMK'na aykırı olmayan hükümlerini uygulamak suretiyle uyuşmazlığın esasını da karara bağlayacağı belirtilmiş, cezai konularda hüküm uyuşmazlığından bahsedilebilmesi için ise sanığın, fiilin ve maddi olayların aynı olması aranmış ve bu uyuşmazlıkların çözümünde CUMK'un⁵, UMK'na aykırı olmayan hükümleri uygulanmak suretiyle ve esasa ilişkin bir karar verilmeden, o davanın hangi ceza mahkemesince karara bağlanacağını tespit edileceği hüküm altına alınmıştır⁶.

Yine UMK'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında: “*Özel kanun uyarınca hakeme başvurulmasının zorunlu olduğu hâllerde eğer hakemlik görevi hâkim tarafından yerine getirilmiş ise bu merci, davanın konusuna göre yukarıdaki fıkra yazılı adli veya idari yargı mercilerinden sayılır.*” denilmek suretiyle hakemlerce verilen kararların da mahkeme kararı olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan fıkra gereğince hakem kararlarının hüküm uyuşmazlığına konu olabilmesi için özel kanunlar uyarınca hakemle çözülmesi zorunlu bir uyuşmazlığın varlığı ile hakemlik görevini bir “*hâkim*”in yapması aranmıştır⁷.

B. Hüküm Uyuşmazlığının Şartları

Hüküm uyuşmazlığının şartlarına UMK'nun 24. maddesinde yer verilmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre bu uyuşmazlığın varlığı için; farklı yargı kollarındaki mahkemelerce verilmiş en az iki farklı hükmün bulunması, verilen hükümlerin esasa ilişkin, kesin ya da kesinleşmiş olması, hukuk davalarında taraflardan en az birinin, davaların konu ve sebebinin aynı olması, ceza davalarında sanık, fail ve fiilin aynı olması ve

⁴ Danıştayın yaptığı yargılamalarda İYUK hükümlerinin uygulanması ve UMK'da 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na atıf yapılması nedeniyle hukuki konularla ilgili hüküm uyuşmazlıklarının çözümünde İYUK hükümleri uygulanacağı sonucuna varılmaktadır.

⁵ Ceza Muhakemeleri Kanunu yürürlükten kalktığı için uygulanacak kanun CMK'dır.

⁶ ANIL, Ayten, “Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluşu ve İşleyişi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 47/1-2, Ankara, 1992, s. 47; YEŞİL, s. 252; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 790; DİNÇ, s. 10.

⁷ TERCAN, Erdal, **Farklı Yargı Kollarına Mensup Mahkemeler Arasındaki Hüküm Uyuşmazlığı**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 107-108, (“*Hüküm Uyuşmazlığı*”); YEŞİL, s. 261.

kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin imkânsız olması gerekir. Bu şartları daha ayrıntılı incelemek gerekirse:

1. En Az İki Farklı Hükümün Bulunması

UMK'nun 24. maddesi gereğince hüküm uyuşmazlığının varlığı için adli, idari veya askerî yargı mercilerinden en az ikisi tarafından verilmiş hükümlerin varlığı gerekir⁸. Aynı yargı düzenindeki mahkemelerce verilen kararlar arasındaki uyuşmazlık o yargı kolunun yüksek mahkemesi tarafından çözüleceğinden bu kararlar hüküm uyuşmazlığına konu olmazlar⁹. Yine kararlardan birinin mahkemeler tarafından verilmesine rağmen diğer kararın il seçim kurulu¹⁰, valilik¹¹, baro başkanlığı¹², kaymakamlık¹³, gümrük müdürlüğü yolcu komisyonu¹⁴

⁸ "...Hüküm uyuşmazlığına neden olduğu ileri sürülen kararların, yalnızca idari yargı düzenine dâhil mahkemece verilen bir karar ile bu karara karşı yasal başvuru yollarından biri olan yargılamanın yenilenmesi istemi üzerine yine aynı mahkemece verilen karara ilişkin bulunduğu, dolayısıyla ortada, 1. maddede gösterilen farklı yargı düzenlerine dâhil en az iki mahkeme tarafından verilmiş kararlar bulunmadığı anlaşılmaktadır." Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü (HB)'nün 09.02.1998 K.T., 1998/3 E., 1998/5 K. sayılı kararı, (Çalışmada yer verilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları <http://www.uyusmazlik.gov.tr/kararlar/kararlar.html>. adresinden alınmıştır. Sonraki alıntılarda ayrıca kaynak belirtilmeyecektir); Bu uyuşmazlık bazen üç farklı mahkeme tarafından verilmiş kararlar arasında da doğabilir. Bkz. "...Görevle ilgili olmaksızın aynı konuya ve sebebe ilişkin ve tarafları aynı olan ve aralarındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunduğu anlaşılan a) Ankara 1.İdare Mahkemesi'nin kararı ile Ankara 10.Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararı arasında oluşan hüküm uyuşmazlığının Ankara 1.İdare Mahkemesi'nin kararının kaldırılması sureti ile giderilmesine; b) Ankara 1.İdare Mahkemesi'nin kararı ile Ankara 23. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı arasında oluşan hüküm uyuşmazlığının Ankara 1.İdare Mahkemesi'nin kararının kaldırılması sureti ile giderilmesine karar verildi." UM HB'nün 03.3.2014 K.T., 2012/164 E., 2014/143 K. sayılı kararı; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku**, C. 2, 5. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 242; YEŞİL, s. 259 vd.; YİĞİT, Birgül, "Oluşumu, Görev Alanı ve Başvuru Yolları ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Temel Yapısına Genel Bir Bakış", **Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluşunun 70. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, (Editör: Ufuk YEŞİL), Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 220-221; RESULOĞLU, Mustafa, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Görev ile Hüküm Uyuşmazlıkları**, TODAİE, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 1988, s. 145-146; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir Demir Yayıncılık, C. 1, İstanbul, 2001, s. 768; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 794; DİNÇ, s. 9.

⁹ UM Ceza Bölümü (CB)'nün 02.3.2015 K.T., 2015/3 E., 2015/3 K. sayılı kararı.

¹⁰ UM HB'nün 14.10.1991 K.T., 1991/35 E., 1991/33 K. sayılı kararı.

¹¹ UM HB'nün 16.5.2005 K.T., 2005/19 E., 2005/37 K. sayılı kararı.

¹² UM HB'nün 19.12.2011 K.T., 2011/56E., 2011/259 K. sayılı kararı.

ve Sayıştay¹⁵ gibi yargı mercii olmayan idari mercilerce verilmesi durumunda iki farklı mahkeme tarafından verilmiş kararlar bulunmadığı için hüküm uyumsuzluğu doğmaz¹⁶. Aynı şekilde yargısal bir faaliyet yerine getirilseler de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı¹⁷ ve cumhuriyet başsavcılıkları da UMK'nun 1. maddesinde sayılan yargı mercilerinden olmadıklarından verdikleri kararlar hüküm uyumsuzluğuna konu olmaz¹⁸.

UM'nin Hukuk Bölümünde karara bağlanan hüküm uyumsuzlukları, kural olarak hukuk mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kararları arasında; Ceza Bölümünde karara bağlanan hüküm uyumsuzlukları ise ceza mahkemeleri ile askerî ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlar arasında çıkmaktadır. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu¹⁹ kapsamında verilen idari yaptırım kararları idari makamlarca verilse de, bu yaptırımlarla ilgili itirazlar - istisnalar dışında- sulh ceza mahkemesi tarafından incelendiğinden sulh ceza mahkemeleriyle idare mahkemeleri arasında da hüküm uyumsuzluğu doğabilir²⁰. Aynı şekilde Danıştay kararı ile asliye ceza mahkemesi kararı arasında da hüküm uyumsuzluğu doğması mümkündür²¹.

2. Hükümlerin Esasa İlişkin Olması

UMK'nun 24. maddesinin 1. fıkrası gereğince, hüküm uyumsuzluğu doğabilmesi için verilen kararların görevle ilgili olmaması ve esasa ilişkin olması gerekir²². Hukuk davalarında dilekçenin²³ ve davanın reddi²⁴,

¹³ UM HB'nün 07.7.2008 K.T., 2008/137 E., 2008/205 K. sayılı kararı.

¹⁴ UM HB'nün 07.3.2005 K.T., 2005/3 E., 2005/15 K. sayılı kararı.

¹⁵ UM HB'nün 14.11.1994 K.T., 1994/28 E., 1994/29 K. sayılı kararı.

¹⁶ DURAN, Lütfi, **Uyumsuzluk Mahkemesi İçtihatlarına Göre Vazife ve Hüküm İhtilafları**, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1950, s. 125; ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 142-43, ("Yargılama"); YEŞİL, s. 262.

¹⁷ UM HB'nün 07.12.2009 K.T., 2009/256 E., 2009/313 K. sayılı kararı.

¹⁸ UM HB'nün 18.11.2002 K.T., 2002/89 E., 2002/76 K. sayılı kararı; YEŞİL, s. 262.

¹⁹ 31/3/2005 tarihli ve 25772 sayılı Resmî Gazete.

²⁰ UM HB'nün 01.4.2014 K.T., 2013/1148 E., 2014/314 K. sayılı kararı; YEŞİL, s. 263.

²¹ UM HB'nün 25.12.1989 K.T., 1989/36 E., 1989/37 K. sayılı kararı.

²² "...Uyumsuzluğa konu olayda davacının T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve T. Halk Bankası A.Ş. Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı aylık bağlanmasına ilişkin olarak davacının adli yargıdaki davasının reddine karar verirken, idari yargıda davacının T.C. Ziraat Bankası ve T. Halk Bankası Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı Vakfınca emekli aylığı bağlanması gerektiği ve davacının Emekli Sandığına bağlanan emekli aylığının iptal edilmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyumlu görülmediği gerekçesiyle iptaline hükmederek davaların esastan karar verildiği

yetkisizlik kararı, zaman aşımı, dava ehliyetinin yokluğu²⁵ ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlar ile ceza davalarında verilen takipsizlik kararı, yetkisizlik kararı, şartla salıverme²⁶, dava şartlarının bulunmadığından davanın reddi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, durma ve düşme kararları da davayı sona erdiren kararlardır. Ancak bu

anlaşmıştır.” UM HB’nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararı; “...Olaylarda, iki ayrı yargı yerinde açılmış davalar nedeniyle görevle ilgili olmaksızın verilmiş kararlar mevcuttur.” UM HB’nün 28.6.1993 K.T., 1993/27 E., 1993/27 K. sayılı kararı.

²³ “...Aralarında hüküm uyuşmazlığı bulunduğu iddia edilen Yargıtay 14. Hukuk Dairesi kararının, ferağa icbar suretiyle tapuya tescil davasının kabulüne ilişkin ...Asliye Hukuk Mahkemesinin kararının temyizi üzerine verilen ve harç ücreti vekalet yönünden bozmaya ilişkin bir karar olduğu, Danıştay 6. Dairesi’nin kararının ise imar planının iptaline ilişkin bir davada davanın süresinde açılmamış olması nedeniyle ve süre yönünden reddine ilişkin bir karar bulunduğu görülmekle 24. maddesindeki hüküm uyuşmazlığı için öngörülen koşulların gerçekleşmediği ortadadır.” UM HB’nün 23.12.1985 K.T., 1985/30 E., 1985/36 K. sayılı kararı.

²⁴ “...İdare Mahkemesince verilen karar Danıştay ilgili Dairesince onanarak kesinleşmiş ise de onama kararının işin esasına yönelik bir karar niteliğinde olmadığı, 2577 sayılı Yasa’nın 14/3-d maddesinde belirtilen idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı yönünde dilekçeler üzerine ilk inceleme aşamasında verilen kararlardan olduğu kuşkusuzdur ...ve Yasa’nın 24. maddesinde öngörülen koşulların birlikte gerçekleşmemesi karşısında başvurunun reddi gerekmiştir.” UM HB’nün 05.3.2012 K.T., 2011/69 E.,2012/34 K. sayılı kararı; “...idari yargıda, aynı parselasyon işleminin iptali yolundaki başka bir yargı kararı bulunduğundan bahisle işin esasına girmeden davanın incelenmeksizin reddine karar verildiği; bu bağlamda öncelikle İdare Mahkemesi kararının işin esasına yönelik olmaması nedeniyle hüküm uyuşmazlığının varlığı için gerekli olan davanın esasının karara bağlanması koşulunun gerçekleşmediği...” UM HB’nün 30.9.2013 K.T., 2012/329 E., 2013/1262 K. sayılı kararı.

²⁵ “...İdare Mahkemesince davanın ehliyetsizlik nedeniyle reddine karar verilirken adli yargıda işin esasına girilerek taşınmazın orman olduğu gerekçesiyle orman sınırlandırmasının iptaline ilişkin davanın reddine karar verildiği görülmektedir. ...Koşulları taşımayan başvurunun reddi gerekmiştir.” UM HB’nün 02.6.2014 K.T., 2013/1472 E., 2014/615 K. sayılı kararı.

²⁶ “...Somut olayda 4616 sayılı Yasa’ya göre verilmiş bulunan kararlar, hükmün özünü ve esasını değiştirmediklerinden bir ceza belirlemesi olup duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde verilmiş ve itiraza konu kararlardandır. Hüküm, bir kimseye suç isnat edilmesi ve bu iddianın araştırılmasının istenilmesi için açılan ceza davası sonunda verilmiş, davanın esasını halleden, son karardır. Temyiz edilebilmesi hükmün başlıca özelliğini teşkil etmektedir. Açıklanan nedenlerle askerî ve adli yargı yerlerince verilen kararlar ‘hüküm’ niteliğinde bulunmadığından başvurunun reddine karar verilmesi gerekmektedir.” UM CB’nün 31.12.2002 K.T., 2001/161 E., 2002/70 K. sayılı kararı.

kararlar davanın esasına ilişkin olarak verilmezler ve bu nedenle de hüküm uyuşmazlığına konu olmazlar²⁷.

Hukuk davalarında verilen kararlar davanın kabulü ya da reddine ilişkindir. Davanın reddine sadece usulü eksikliklerden dolayı karar verilmez. Ret kararının usule mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu noktasında tereddüt varsa gerekçeye bakılır. Benzer şekilde ceza davalarında verilen kararların her ikisi de mahkûmiyet ya da beraat olabilir. Her iki kararın mahkûmiyet olması ve farklı cezalar içermesi durumunda²⁸ bu cezaların infazıyla ilgili tereddüt yaşanacağından bu kararlar arasında da hüküm uyuşmazlığı doğabilir²⁹.

3. Hükümlerin Kesin Olması

Hüküm uyuşmazlığının varlığı için verilen kararların kesin olması gerekir³⁰. Bu hususa UMK'nun 24. maddesinde “...kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş... karar” şeklinde yer verilmiştir. Yani kararlardan sadece birinin kesinleşmesi hüküm uyuşmazlığı için yeterli değildir ve hepsinin kesinleşmesi gerekir³¹.

Mahkeme kararlarının kesinleşmesi şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki şekilde gerçekleşir ve hüküm uyuşmazlığına konu kararların şekli anlamda kesinleşmesi, yani karara karşı başvurulabilecek olağan kanun yollarının tüketilmesi yeterlidir³².

Verilen karara karşı başvurulacak bir kanun yolu öngörülmemişse bu karar verildiği anda kesinleşir ve bu şekilde kesinleşen kararların da

²⁷ UM HB'nün 24.9.2012 K.T., 2012/47 E., 2012/180 K. sayılı kararı; DURAN, s. 126; YEŞİL, s. 263-264; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 119,529; DİNÇ, s. 10; YİĞİT, s. 227; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 789.

²⁸ “...Adli ve askerî yargı yerlerinin mahkûmiyete ilişkin ve birbirlerine uymayan kararları arasında her iki hükme konu olan sanık, fiil ve maddi olayın aynı olması nedeniyle Yasa'nın 24. maddesindeki koşullar gerçekleşmiş ve iki yargı yerinin kesinleşmiş kararları arasında hüküm uyuşmazlığı oluşmuştur.” UM CB'nün 27.6.1983 K.T., 1983/60 E., 1983/417 K. sayılı kararı.

²⁹ YEŞİL, s. 264; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 124 ve 533; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 790.

³⁰ UM HB'nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararı.

³¹ “...İdare Mahkemesinin kararı, Danıştayca onanmış olmasına karşılık davalı ...Belediye Başkanlığının karar düzeltme başvurusu Danıştay incelemesine sunulmadan dava dosyası Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmiş olduğundan henüz kesinleşmemiştir.” UM HB'nün 28.4.2003 K.T., 2002/88 E., 2003/20 K. sayılı kararı.

³² YEŞİL, s. 265; YİĞİT, s. 223 vd.; DİNÇ, s. 8; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 126-127; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 242; RESULOĞLU, s. 148.

hüküm uyuşmazlığına konu olabileceğini belirtmek adına UMK'nun 24. maddesinde “*kesin olarak verilmiş*” cümlesine yer verilmiştir. Yine öngörülen kanun yollarına ilişkin sürelerin geçirilmesi ya da kanun yolu başvurusu neticesinde kararların kesinleşmesi mümkündür. Bu konuda önemli olan husus, ilgili usul kanunlarına göre kararların kesinleşmiş olmasıdır³³.

4. Hukuk Davalarında Konu, Sebep ve Taraflardan En Az Birinin Aynı Olması

Hukuk davalarında hüküm uyuşmazlığından söz edebilmesi için verilen kararların konusu ve sebebinin, taraflardan da sadece birinin aynı olması gerekir. Bu hususa, UMK'nun 24. maddesinin 1. fıkrasında “*...aynı konuya ve sebebe ilişkin, taraflarından en az biri aynı olan ...kararlar ...*” şeklinde yer verilmiştir.

Davanın konusu, davanın açılmasıyla elde edilmek istenen sonuçtur³⁴. Dava konularının aynı olup olmadığını anlamak için kararların hüküm fıkraları karşılaştırılır ve aynı hususları ihtiva etmeleri halinde konuların aynı olduğuna karar verilir³⁵. Kararların hüküm fıkralarında bir netlik bulunmaması halinde gerekçelerine bakılır. Zira gerekçede de dava konusuyla ilgili hususlara yer verilir³⁶.

³³ DURAN, s. 130-131; YEŞİL, s. 265; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 126.

³⁴ “*...Dava konusu; dava ile elde edilmek istenen sonuçtur. Dava konusunun netice-i talep ve dava sebebi ile karıştırılmaması gerekir. Dava sebebi, daha önce de belirttiğimiz gibi davacının davasını dayandırdığı vakialardır. Netice-i talep ise; davacının dava açmakla elde etmek istediği hukuki korumadır.*” UM HB'nün 13.10.2014 K.T., 2014/18 E., 2014/888 K. sayılı kararı.

³⁵ “*...Adli yargıda davanın konusu; davacının T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve T. Halk Bankası A.Ş. Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı aylık bağlanmasına ilişkin olup davacının davasının reddine karar verilirken, idari yargıda davacının T.C. Ziraat Bankası ve T. Halk Bankası Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı Vakfınca emekli aylığı bağlanması gerekmekte olup, davacının Emekli Sandığına bağlanan emekli aylığının iptal edilmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemden hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptaline hükmetmiş ve hüküm uyuşmazlığı olduğu iddia edilen kararlar arasında dava konuları da aynıdır.*” UM HB'nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararı.

³⁶ YEŞİL, s. 265 vd; DURAN, s. 137; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 131; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 789.

UM, dava konularının aynı olmasıyla ilgili yaptığı incelemede, kararlar arasında tam bir ayniyet aramamakta, hakkın özünü zedeleyen ortak bir paydanın varlığını yeterli kabul etmektedir³⁷.

Konuyla ilgili olarak UM verdiği bir kararında, özel mülkiyete ait taşınmazın bir kısmını orman alanına dâhil eden adli yargı kararıyla, aynı taşınmazı özel orman statüsüne sokan idari yargı kararının konularının aynı olduğunu ve bu kararlar sonucu mülkiyet hakkının kullanılmasının imkânsız hâle geldiğini belirtmiştir³⁸.

Başka bir kararında ise, idare yargı merciince verilen kararın konusunun “5434 sayılı Kanun’un 54. maddesine göre adi malûllük aylığı bağlanması” olmasına rağmen, adli yargı merciince verilen kararın konusunun “506 sayılı Kanun’un 53. maddesine göre malûllük aylığı bağlanması” olduğunu ve kararların aynı konuya ilişkin bulunmadığını hükme bağlamıştır³⁹.

Hüküm uyumsuzluğuna konu kararların konuları dışında sebeplerinin de aynı olması gerekir⁴⁰. Sebeplerin aynı olmasıyla anlatılmak istenen, açılan davalarda davacının haklılığını ispat adına ortaya koyduğu nedenlerin ayniyetidir⁴¹. Davaların açılma sebeplerinin farklı olduğu durumlarda başvuru reddedilir⁴².

³⁷ “...Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkların, ayrı yargı kolları önünde farklı yargılama usullerine tabi şekilde incelenmesi ve bu şekilde karara bağlanması nedenleri ile farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olan kararların lafzından ziyade esası, davanın açılmasına neden olan saik yönü ile incelemekte ve davacının dava dilekçesi veya davalının cevap dilekçesindeki nitelermelerden ziyade, açılan davalarla varılmak istenilen nihai amaç kapsamında uyumsuzluğu ele almaktadır.” UM HB’nün 13.10.2014 K.T., 2014/18 E., 2014/888 K. sayılı kararı.

³⁸ UM HB’nün 01.10.2012 K.T., 2011/224 E., 2012/190 K. sayılı kararı.

³⁹ UM HB’nün 17.11.1997 K.T., 1997/32 E., 1997/47 K. sayılı kararı.

⁴⁰ “...2247 sayılı Kanunu’nun 24. maddesinde açıkça ‘dava sebebi’ kavramı kullanılmıştır. Hüküm uyumsuzluğuna konu kararların aynı sebeple açılmış olmasından kasıt, aynı dava sebebine dayanmış olmalarıdır. Bu noktada dava sebebi ile hukuki sebebin karıştırılmaması gerekir. Dava sebebi, davacının davasını dayandırdığı vakıalardır. Hukuki sebep ise davacının davasına dair nitelendirmesidir. Örneğin bir trafik kazasında yaralanan mağdurun açtığı tazminat davasının dava sebebi, ‘trafik kazası’ iken, hukuki sebebi ‘haksız fiil’ dir.” UM HB’nün 13.10.2014 K.T., 2014/18 E., 2014/888 K. sayılı kararı.

⁴¹ “...Olayımızda her iki davanın sebebi, davacı O. T.’un T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve T. Halk Bankası A.Ş. Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı bünyesinde (yaklaşık 21 yıl) ve Emekli Sandığına tabi olarak (yaklaşık 3 yıl 3 ay) çalışması ve davacının emeklilik ikramiye ve haklarının çalıştığı hangi kurum tarafından ödeneceğine ilişkindir.

UM, hüküm uyuşmazlığıyla ilgili yapılan başvurularda davaların konu ve sebebini birlikte değerlendirmekte, bu iki unsurun ortak hakka ya da vakıalara dayanması halinde aynıyetlerine karar vermektedir⁴³.

Hüküm uyuşmazlığının varlığı için aranan diğer bir şart, taraflardan en az birinin aynı olmasıdır⁴⁴. “*Taraf*” kavramı, dava dilekçesinde kendisi için hukuki koruma isteyen kişi (davacı) ile kendisine karşı hukuki korunma talep edilen (davalı) kişiden oluşan bütündür⁴⁵. Tarafların kararlardaki rolleri aynı olabileceği gibi⁴⁶ farklı da olabilir⁴⁷. Başka bir

Olayımızda davacı hakkında adli ve idari yargı yerlerinde görülen ve çözülen her iki dava sebebi yani maddi vakıalar aynıdır.” UM HB’nün 28.9.2015, 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararı; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 140; YEŞİL, s. 268-269; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 798.

⁴² “...Adli yargı yerinde görülen davanın sebeplerinden birini, ilgilinin vatandaşlık durumu ve nüfus kayıtları oluşturmakta; buna karşılık idari yargı yerinde, davanın sebebi vatandaşlık hukuku ile uluslararası anlaşma ve bunlara ilişkin uygulamaya olduğundan iki dava arasındaki ilişki, bir sebep sonuç ilişkisinden ibaret bulunmaktadır. Yasa’da öngörülen öncelikli koşullardan dava sebeplerinin aynı olması koşulunun gerçekleşmemiş bulunması karşısında başvurunun reddi gerekmektedir.” UM HB’nün 03.5.2004 K.T., 2003/60 E., 2004/17 K. sayılı kararı.

⁴³ “...Her iki davanın konusunu ve sebebini tespit etmek gerekirse her iki davada da dava sebebini, mimari projesine aykırı olarak yapıldığı iddia edilen tadilatlar, dava konusunu yapılan bu tadilatlar nedeni ile kiracı şirketin dava konusu taşınmazı kullanabilip kullanamayacağı, netice-i taleplerin ise kiracı şirket açısından taşınmazın kullanılmasına devam edilmesi, kiralayan Belediye Başkanlığı yönünden ise kiracı şirketin taşınmazdan tahliyesi olduğu ortadadır.” UM HB’nün 03.3.2014 K.T., 2012/164 E., 2014/143 K. sayılı kararı; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 789-790; YEŞİL, s. 270; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 140.

⁴⁴ “...Hüküm uyuşmazlığı bulunduğu ileri sürülen idari yargı ve adli yargı kararlarının incelenmesinden davanın taraflarının en az birinin (O.T) aynı olduğu anlaşılmıştır.” UM HB’nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/143 K. sayılı kararı.

⁴⁵ UM HB’nün 18.12.2000 K.T., 2000/60 E., 2000/67 K. sayılı kararı.

⁴⁶ “...Davanın tarafları yönünden gerek ...İdare Mahkemesinin dosyasında ve gerekse de ...İş Mahkemesinin dosyasında, davacı ...İşletmeleri A.Ş. tarafından, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına karşı dava açıldığı görülmekle dava taraflarının aynı olduğu tespit edilmiştir.” UM HB’nün 13.10.2014 K.T., 2014/18 E., 2014/888 K. sayılı kararı.

⁴⁷ “...Hüküm uyuşmazlığı bulunduğu ileri sürülen idari yargı ve adli yargı kararlarının incelenmesinden ...davanın taraflarının en az birinin(A. Ö) aynı olduğu anlaşılmıştır.” UM HB’nün 13.10.2014 K.T., 2013/1607 E., 2014/887 K. sayılı kararı; “...Tüm kararlarda ...Belediye Başkanlığı yönünden taraflardan en az birinin aynı olması koşulunun gerçekleştiği anlaşılmaktadır.” UM HB’nün 28.4.2003 K.T., 2002/88 E., 2003/20 K. sayılı kararı.

deyişle, bir davada davacı olan taraf, diğer dava da davalı olabilir. Burada önemli olan husus, kararlardaki taraflardan en az birinin aynı olmasıdır⁴⁸.

Davanın tarafları yanında asli müdahil de, taraf olarak kabul edildiği için hüküm uyumsuzluğunun çözümünü isteyebilir⁴⁹. Ancak feri müdahil davada taraf olarak kabul edilmediğinden tek başına hüküm uyumsuzluğunun çözümünü isteyemez⁵⁰.

5. Ceza Davalarında Sanığın, Fiil ve Maddi Olayın Aynı Olması

UMK'da, ceza dosyalarıyla ilgili hüküm uyumsuzluğu şartları, hukuk dosyalarından farklı düzenlenmiştir. Konuyla ilgili UMK'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında; *“Ceza kararlarında sanığın, fiilin ve maddi olayların aynı olması hâlinde hüküm uyumsuzluğu var sayılır.”* ifadesine yer verilmiştir.

Sanık, üzerine atılı suç(lar) nedeniyle hakkında kamu davası açılan ve yargılanması talep edilen kişidir⁵¹. Ceza davalarında hüküm uyumsuzluğundan söz edebilmek için her iki dosyanın sanığının aynı olması gerekir⁵². Yani bir kişinin kararların birisinde sanık, diğerinde müşteki olması durumunda hüküm uyumsuzluğu doğmaz⁵³.

Ceza dosyalarında, sanık yanında maddi olay ve fiilin de aynı olması gerekir. Maddi olayın ayniyetiyle anlatılmak istenen; sanığın gerçekleştirdiği iddia edilen ve yargılamaya konu vakıaların her iki kararda da aynı olması⁵⁴, fiillerin aynı olmasıyla anlatılmak istenen ise,

⁴⁸ DİNÇ, s. 10; YEŞİL, s. 270-271; TERCAN, *Hüküm Uyumsuzluğu*, s. 145-146; DURAN, s. 141.

⁴⁹ *“...İ.F.Y., idari yargıda açılan iptal davasında davacının murisi, adli yargıda açılan davada ise müdahil olduğu hususları dikkate alındığında taraflardan en az birinin (İ.F.Y.) aynı olduğunun kabulü gerekir.”* UM HB'nün 05.4.2010 K.T., 2010/49 E., 2010/60 K. sayılı kararı.

⁵⁰ UM HB'nün 05.12.2012 K.T., 2011/200 E., 2012/212 K. sayılı kararı; YEŞİL, s. 271; TERCAN, *Hüküm Uyumsuzluğu*, s. 147-148.

⁵¹ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 148; YEŞİL, s. 271-272; TERCAN, *Hüküm Uyumsuzluğu*, s. 535.

⁵² UM CB'nün 22.12.1995 K.T., 1995/31 E., 1995/35 K. sayılı kararı.

⁵³ YEŞİL, s. 272; TERCAN, *Hüküm Uyumsuzluğu*, s. 535-536.

⁵⁴ *“...Her iki yargı kararında maddi olay, sanığın ...Derneği tarafından hazırlanmış bulunan “Faşist Teröre Karşı Savaşalım - Dev – Genç” başlıklı bildiriye dağıtmasından ibarettir. Bu duruma göre maddi olayda birlik mevcuttur.”* UM CB'nün 11.4.1983 K.T., 1983/47 E., 1983/149 K. sayılı kararı.

sanığın cezalandırılmasına esas teşkil eden eylemlerin aynıyetidir. Aynı fiille ilgili farklı mahkemelerce farklı hukuki niteleme yapılarak farklı cezalar verilmiş olmasının fiillerin aynıyetine etkisi yoktur. Burada önemli olan husus, her iki kararda da sanığın aynı fiil(ler) nedeniyle cezalandırılmasıdır⁵⁵.

6. Çelişki Nedeniyle Hakkın Yerine Getirilmesinin İmkânsız Olması

Hüküm uyuşmazlığının varlığı için diğer bir şart, verilen kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilememesi, yani kararların icra edilememesidir⁵⁶. Kararlar arasındaki bu çelişki, genellikle ikinci kararın infazı aşamasında ortaya çıkar⁵⁷.

Kararlar arasındaki çelişkinin nasıl ortaya çıktığı önemli değildir. Çelişki, hukuk davalarında davacının talebinin mahkemelerden biri tarafından kabul edilip diğeri tarafından reddedilmesi şeklinde olabileceği gibi⁵⁸, birden fazla yönü bulunan davalarda, kararlardan birinin davanın esasıyla ilgili hususları ihtiva etmesine rağmen, diğesinde etmemesi şeklinde de olabilir⁵⁹. Yine, ceza davalarında kararlardan birinin mahkûmiyet olmasına rağmen diğेरinin beraat olması veya her iki kararın mahkûmiyet olması ve bu kararlarda farklı cezalara hükmedilmesi sebebiyle hangisinin infazının yapılacağı konusunda tereddüt yaşanması

⁵⁵ “...Her iki mahkemenin, kararlarında esas aldıkları bildiri içeriği ve buna göre fiil yani işlenen suç aynıdır.” UM CB’nün 11.4.1983 K.T., 1983/47 E., 1983/149 K. sayılı kararı.

⁵⁶ “...Hüküm uyuşmazlığına konu ...İdare Mahkemesinin kararı ile arazinin toplam ...hektarlık kısmının özel orman sayılmasına ilişkin işlemin hukukten geçerli olduğuna karar verilip işlemin iptali talebi reddedilerek mülkiyet hakkında tasarruf yetkisinin sınırlanması sonucu doğmuş ancak ...Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı ile hukuki açıdan haksız bir fiil ve el atma kabulü ile el atmanın önlenmesi ile özel orman kararının iptali ve tapudaki özel orman şerhinin kaldırılmasına karar verilmiştir. Böylece adli ve idari yargı yerlerinde verilen çelişik kararlar nedeniyle davaya konu arazinin mülkiyet hakkının tam olarak kullanımı olanaksız hâle gelmiştir.” UM HB’nün 01.10.2012 K.T., 2011/224 E., 2012/190 K. sayılı kararı.

⁵⁷ DURAN, s. 131; YİĞİT, s. 229 vd.; YEŞİL, s. 275-276; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 150,160; DİNÇ, s. 13; ÇAĞLAYAN, *Yargılama*, s. 142-143.

⁵⁸ “...Davacının, sağlık gideri olarak eksik ödenen kısmın ödenmesi talebinin reddine ilişkin idari yargıda verilen karara karşılık adli yargıda davanın kabulü ile malzeme bedelinin ödenmesine karar verildiği; kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin olanaksız hâle geldiği...” UM HB’nün 05.5.2014 K.T., 2013/665 E., 2014/501 K. sayılı kararı.

⁵⁹ YEŞİL, s. 276; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 791.

halinde de çelişki doğabilir⁶⁰. Ancak her iki kararın beraat olması halinde, kararlar arasında çelişki bulunmayacağı ve kararlar hakkın yerine getirilmesine engel teşkil etmeyeceği için hüküm uyumsuzluğu doğmaz⁶¹.

Hukuk davalarında kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hüküm uyumsuzluğu doğabilmesi için kararların konu ve sebebiyle taraflardan en az birinin aynı olması gerekir. Bu unsurları taşımayan kararlar birbirinden ayrı icra edilebildikleri için aralarında çelişki doğmaz⁶². Benzer şekilde, davalardan birinde davacının talebinin reddedilip, diğerinde kabul edilmesi durumunda⁶³; reddedilen kararın davacı lehine bir hak doğurmaması ve bu kararla ilgili yerine getirilmesi mümkün bir hakkın bulunmaması nedeniyle bu kararlar arasında da çelişki doğmaz⁶⁴.

UM, kararlar arasındaki çelişkiyi hakkın yerine getirilip getirilememesi açısından değerlendirmekte olup, kararların icrası açısından değerlendirmemektedir. Mahkeme verdiği bir kararında; “...idare mahkemesi kararı ile işyerinde çalıştırılıp kuruma bildirilmeyen işçi olmadığı tespit edilmiş olmasına rağmen, iş mahkemesi kararı ile işyerinde çalıştırılıp kuruma bildirilmeyen işçi olduğu sonucuna varılmıştır. Bu itibarla idare mahkemesi ile iş mahkemesi kararları arasında oluşan çelişki nedeni ile davacı yönünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız hale gelmiştir.” diyerek kararlar arasında hüküm uyumsuzluğu bulunduğu karar vermiştir⁶⁵.

Hüküm uyumsuzluğunun varlığı için kararlar arasında çelişki yanında, bu çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin de imkânsız olması gerekir⁶⁶. Hakkın yerine getirilememesi; kesinleşmiş bir karara

⁶⁰ UM CB’nün 27.6.1983 K.T., 1983/60 E., 1983/417 K. sayılı kararı.

⁶¹ TERCAN, *Hüküm Uyumsuzluğu*, s. 154, 542; YEŞİL, s. 276.

⁶² “...Köyler arasındaki sınırın idarece tespiti ile ilçe belediye ve köy idari sınırlarının, kadastronu yapılacak yerlerde çalışma alanı sınırı olarak alınmasının, farklı amaç ve farklı sonuca yönelik olmaları itibarıyla idare ve kadastro mahkemesi kararlarının birbiriyle çeliştiğinden söz edilemez.” UM HB’nün, 03.7.1995 K.T., 1995/25 E., 1995/29 K. sayılı kararı.

⁶³ UM HB’nün, 22.02.1999 K.T., 1998/75 E., 1999/4 K. sayılı kararı.

⁶⁴ UM HB’nün, 05.7.1989 K.T., 1989/14 E., 1989/15 K. sayılı kararı.

⁶⁵ UM HB’nün 13.10.2014 K.T., 2014/18 E., 2014/888 K. sayılı kararı.

⁶⁶ “...İdari yargıda yapılan yargılama sonucu idari işlemin iptali ile davacının Emekli Sandığından olan emeklilik aylığının iptal edilmesine karar verilirken, adli yargıda davacının T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve T. Halk Bankası A.Ş. Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı aylık bağlanmasına ilişkin olarak davanın reddine karar verilmiştir. İdari yargı yerinde verilen karar ile adli yargıda verilen kararlar birlikte

rağmen bu kararın icra edilememesi ve hak sahibinin aynı konuyla ilgili verilmiş başka bir mahkeme kararı nedeniyle hakkını alamamasıdır⁶⁷.

UM, bir kararında hakkın yerine getirilmesinin imkânsızlığını şu şekilde ifade etmiştir: “...Hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması durumu, davacı yönünden subjektif bir nitelik taşımakta ve yargı kararı ile kendisine tanınmış bir hakkın yerine getirilmemesi söz konusu iken; davalı idare yönünden ilamı yerine getirmekle yükümlü olması bakımından objektif bir nitelik taşımakta ve davacıya yargı kararı ile tanınmış olan bir hakkın idarece yerine getirilmesinin olanaksızlığını ifade etmektedir.”⁶⁸

Kararlar arasında çelişki bulunsa bile; bu durumun kararların infazını etkilememesi⁶⁹, birinin varlığının diğerinin uygulanmasına engel teşkil etmemesi⁷⁰, kararın icrası⁷¹ ve infazının mümkün olması⁷², hak

değerlendirildiğinde davacının hakkının yerine getirilmesi olanaksız hâle getirilmiştir.”
UM HB’nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararı.

⁶⁷ “...Hüküm uyuşmazlığının giderilmesi istemiyle başvuru vergi dairesi tarafından yapılmıştır. Danıştay, bozma ve iptal kararı vergi dairesinin vergi alacağına tahsil yolunu kapatmış değildir. Zira bu idare vergi alacağını borçlunun diğer mallarından takip ve tahsil olanağına her zaman sahiptir. Borçlunun bu araçtan başka mal varlığı bulunmadığı yolunda öne sürülmüş ve kanıtlanmış bir iddia da yoktur. Öte yandan asliye hukuk mahkemesinin satışın iptali isteğinin reddine dair kararı da araç üzerinde mülkiyet muhafaza hakkı bulunan ilk satıcının aracın bedelini dava yoluyla tahsiline engel değildir. Esasen kararda bu hak saklı tutulmuştur. Bu durumda ‘hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması’ koşulunun gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.” UM HB’nün 14.10.1991 K.T., 1991/17 E., 1991/26 K. sayılı kararı.

⁶⁸ UM HB’nün 02.02.2009 K.T., 2008/134 E., 2009/17 K. sayılı kararı.

⁶⁹ “...Adli Yargı merciiince müdahalenin men’i ve eski hale iadesi yolunda verilen karar, hakkın yerine getirilmesini olanaksız kılmamaktadır.” UM HB’nün , 04.02.2013 K.T., 2012/176 E., 2013/172 K. sayılı kararı.

⁷⁰ “...Şirket vekili tarafından, anılan kararlarda şirketin 31.12.2005 tarihli mali tablolarının mevzuata uygunluğu konusunda çelişki olduğu; bu çelişkinin varlığı sebebiyle şirket mali tablolarının kesinleşmediği, bu mali tablolardan çıkan hakların kullanılmadığı ileri sürülmüş ise de 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47/A maddesi uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin iptali yolundaki ...Sulh Ceza Mahkemesinin kararının, şirketin mali tablolarının kesinleşmesi, bu mali tablolardan çıkan hakların kullanılmamasıyla ilişkilendirilmesi söz konusu olmayacağı gibi bu kararlardan birinin diğerinin uygulanmasına engel teşkil etmediğinden kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması koşulunun da gerçekleşmediği anlaşılmış olup hüküm uyuşmazlığından söz edilemeyeceği açıktır.” UM HB’nün 30.12.2013 K.T., 2013/63 E., 2013/1754 K. sayılı kararı; “...idari yargı yerindeki davaya konu ihalenin iptali isteminin reddine ilişkin karar, adli yargı yerinde açılan maddi alacakların ödenmesi istemine ilişkin davanın kabulüne ilişkin kararın

sahibinin hakkını almış olması⁷³, başvurucuya mahkeme kararı ile tanınmış bir hak bulunmaması⁷⁴ durumlarında hakkın yerine getirilmesinin imkânsızlığından söz edilemeyeceğinden hüküm uyusmazlığı da doğmaz⁷⁵.

uygulanmasına engel teşkil etmediğinden kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması koşulunun da gerçekleşmediği açıktır.” UM HB’nün 17.4.2014 K.T., 2013/1515 E., 2014/712 K. sayılı kararı; “...Valiliğin idari tedbir niteliği taşıyan men kararının iptali yolundaki idari yargı kararı, üstün hakkın saptanmasına ilişkin adli yargı kararının uygulanmasına engel teşkil etmediğinden hakkın yerine getirilmesinin imkânsızlığından söz edilemez.” UM HB’nün 13.6.2005 K.T., 2004/87 E., 2005/45 K. sayılı kararı.

⁷¹ “...İdari yargı yerince verilen iptal kararı, idarece yerine getirildiğinden birbirleriyle çelişen adli ve idari yargı kararları yüzünden hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması koşulu gerçekleşmemiştir.” UM HB’nün 16.5.1983 K.T., 1982/6 E., 1983/24 K. sayılı kararı.

⁷² “...Kararın gerekçesi gözetildiğinde tahliyeye ilişkin işlemin yetkili mercii olan mülki idare amirliğince verilmediği, işlemin kesin ve yürütülebilir bir işlem niteliği taşımadığı, kesinleşen adli yargı kararının infazında engel bir durumun olmadığı, İdare Mahkemesi kararının onama gerekçesine göre yetkili mercie müracaatla işlem tesis ettirilmesi hâlinde infaz kabiliyetinin bulunduğu nedenleriyle hakkın yerine getirilmesinin olanaksızlığından söz edilemeyeceği açıktır.” UM HB’nün, 5.3.2012 K.T., 2011/69 E., 2012/34 K. sayılı kararı.

⁷³ “...İzale-yi şuyu kararı uyarınca verilen satış kararı üzerine satılan, ihale ve satışı kesinleşen, mülkiyeti bu ihale ile alıcısına geçen ve alıcının tamamına malik olmak suretiyle paydaşlığın giderildiği taşınmaz ile ilgili adli yargı yerinin izale-yi şuyu kararı, infaz olduğundan ve esasen idari yargı yerince karar verildiği tarihte, taşınmazın tamamı alıcının mülkiyetine geçip paydaşlık kalmadığından birbirleriyle çelişen adli ve idari yargı kararları yüzünden hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması koşulu gerçekleşmemektedir.” UM HB’nün, 31.01.1983 K.T., 1980/5 E., 1983/13 K. sayılı kararı.

⁷⁴ “...F.K. açtığı davada borcunun bulunmadığını ispatlayamamış ve davası reddedilmiş olduğundan adı geçenin, yargı kararı ile kendisine tanınmış bir hakkının bulunduğu da söz etmek olanaksızdır.” UM HB’nün, 12.6.2000 K.T., 2000/7 E., 2000/17 K. sayılı kararı.

⁷⁵ “...İdari yargı yerinde açılan davada davacıların gayrimenkuller üzerindeki takyidatların kaldırılması istemleri yerinde görülerek davanın iptalle sonuçlanıp kesinleştiği ve adli yargı yerinde görülen davaların da retle sonuçlanıp kesinleştikleri, davalardaki konu ve dava sebebinin aynı olması koşulunun oluşmadığı anlaşılmış ise de tarafları yönünden aynı sonuçların doğduğu gözetildiğinde Maliye Hazinesi yönünden hakkın yerine getirilmesinin imkânsızlığından söz edilmesi olanaksızdır.” UM HB’nün, 19.12.2011 K.T., 2010/134 E., 2011/254 K. sayılı kararı; YEŞİL, s. 280; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 150 vd.

C. Hüküm Uyuşmazlığının Çözüm Usulü

Hüküm uyuşmazlığının çözüm usulüyle ilgili UMK'nun 24. maddesinin 3. fıkrasında; *“İlgili kişi veya makam Uyuşmazlık Mahkemesine başvurarak hüküm uyuşmazlığının giderilmesini isteyebilir. Bu hâlde olumsuz görev uyuşmazlığının çıkarılması ile ilgili 15 ve 16 ncı maddelerdeki usul kuralları uygulanır.”* ifadelerine yer verilmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere hüküm uyuşmazlığının çözümüyle ilgili ayrı usul kuralları belirlenmemiş olup, olumsuz görev uyuşmazlığına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle hüküm uyuşmazlığının çözüm usulünün, olumsuz görev uyuşmazlığında olduğu gibi; ilgili kişi ya da mercii tarafından yapılacak işlemler, yargı mercilerince yapılacak işlemler, UM tarafından yapılacak işlemler ve UM kararından sonra yapılacak işlemler olarak farklı başlıklarda ele alınmasında fayda vardır.

1. İlgili Kişi Ya da Mercii Tarafından Yapılacak İşlemler

UMK'nun 24. maddesinin 3. fıkrasında *“İlgili kişi veya makam, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurarak hüküm uyuşmazlığının giderilmesini isteyebilir.”* hükmüne yer verilse de *“ilgili kişi”* nin kim olduğuyla ilgili bir hükme yer verilmemiştir. İlgili kişi, hukuk davalarında çelişkili kararlar nedeniyle hakkını alamayan taraf ve asli müdahili,⁷⁶ ceza davalarında ise davanın tarafları ve müdahili ifade eder. İlgili makam ise cumhuriyet savcısıdır⁷⁷.

Hukuk davalarında hüküm uyuşmazlığının çözümünü yalnızca davanın tarafları isteyebilir. Tarafların talebi olmadan kararı veren mahkemeler hüküm uyuşmazlığının çözümü için UM'ne başvuramazlar. Taraflar bu davalarda, uyuşmazlığın çözümü için doğrudan UM'ne başvurabilecekleri gibi (UMK md. 24/3), olumsuz görev uyuşmazlığına yapılan atıf nedeniyle son kararı veren mahkemeye de başvurabilirler⁷⁸.

Ceza davalarında ise taraflar, iddia makamı⁷⁹ ve UMK'nun 37. maddesi gereğince müdahiller, yerel mahkemeden dosyanın UM'ne

⁷⁶ UM HB'nün 05.12.2012 K.T., 2011/200 E., 2012/212 K. sayılı kararı.

⁷⁷ YEŞİL, s. 280 vd.; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 792-793; DİNÇ, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 19.

⁷⁸ DİNÇ, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 19; YEŞİL, s. 282-283.

⁷⁹ “...Aynı sanık hakkında aynı suçtan dolayı biri adli yargıya, diğeri askeri yargıya ait olmak üzere iki kesin hüküm bulunduğu, temyiz inceleme mercilerinin ayrı olması nedeniyle ihtilafın yazılı emir yolu ile çözülmesinin mümkün olmadığı, ortada oluşmuş bir hüküm uyuşmazlığı bulunduğundan ihtilafın Uyuşmazlık Mahkemesince çözümlenmesi gerektiği gerekçeleri ile yazılı emir yolu ile bozma isteminin reddine karar

gönderilmesini isteyebilecekleri gibi kendileri de doğrudan UM'ne başvurabilirler⁸⁰.

Hüküm uyuşmazlığı başvurularında öncelikle aranan şart, başvuru hukukî bir yarar ve menfaatinin olması⁸¹ ve bu menfaatin yargılamanın her aşamasında bulunmasıdır⁸². Yani sadece dava açılırken değil, hüküm uyuşmazlığı başvurusu sırasında da hukukî yarar mevcut olmalıdır.

Başvuru dilekçesinde hüküm uyuşmazlığına konu kararlar, taraflar ve bu kararlar arasında olduğu ileri sürülen çelişki ile bu çelişki nedeniyle yerine getirilmesi imkânsız hakların neler olduğu belirtilmelidir⁸³.

Hüküm uyuşmazlığının çözümüyle ilgili UMK'da öngörülmüş bir başvuru süresi yoktur. Ancak hukuk davalarıyla ilgili başvurunun ilamların icrası için öngörülen zamanaşımı süresi dolana kadar, ceza davalarıyla ilgili başvurunun ise TCK'daki düzenleme nedeniyle her zaman yapılabileceği düşünülmektedir. UM'nin verdiği kararların kesin olması nedeniyle bir kez bu uyuşmazlığın çözümü istenebilir. Yapılan başvurulardan UMK'nun 34. maddesi gereğince herhangi bir vergi ve harç alınmaz.

2. Yargı Mercilerince Yapılacak İşlemler

Yargı mercilerince yapılacak işlemlere, UMK'nun 24. maddesi yollamasıyla 15. maddesinde yer verilmiştir. Düzenlemeye göre son kararı veren mahkeme, hukuk dosyalarında verdiği kararın kesinleşmesinden sonra taraflardan birinin talebi üzerine, ceza dosyalarında ise resen, ilk karara ait dosyayı da temin ederek kendi dosyasıyla birlikte UM'ne gönderir⁸⁴.

vermiştir. ...Askerî Savcılığı oluşan hüküm uyuşmazlığının çözümü için dosyayı Uyuşmazlık Mahkemesine göndermiştir.” UM CB'nün 27.6.1983 K.T., 1983/60 E., 1983/417 K. sayılı kararı.

⁸⁰ YEŞİL, s. 283; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 544; DİNÇ, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 19.

⁸¹ ÇAĞLAYAN, *Yargılama*, s. 507; YEŞİL, s. 281.

⁸² Danıştay 7. Dairesinin 07.3.1996 K.T., 1996/5890 E., 1996/820 K. sayılı kararı.

⁸³ BARUTOĞLU, Tulez, “Uyuşmazlık Mahkemesine Başvuru Yolları”, *Adalet Dergisi*, S.3, Ankara, 1986, s. 156; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 795; YEŞİL, s. 283; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 171; RESULOĞLU, s. 149-150.

⁸⁴ YEŞİL, s. 290; BARUTOĞLU, s. 138; DİNÇ, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 19.

3. Uyuşmazlık Mahkemesince Yapılacak İşlemler

UM, yapılan başvuruları usule ve esasa ilişkin olmak üzere iki başlıkta incelemektedir.

a. Usule İlişkin İnceleme

Hüküm uyuşmazlığının çözümünde UM tarafından yapılacak işlemlere UMK'nun 24. maddesi yollamasıyla 16. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre UM, hüküm uyuşmazlığının çözümü talepleriyle ilgili önce ilk inceleme yaparak dosyada eksiklik bulunup bulunmadığını kontrol eder. Eksiklik bulunması halinde de eksiklikleri tamamlar. İlk inceleme esnasında ilgili yargı kollarının başsavcılarında görüş istenebilir. Ancak görüş istenilmesi zorunlu değildir. Başsavcılardan görüş istenmesi, görüşlerin gelmesi ya da gelmemesi hâlinde hüküm uyuşmazlığı şartlarının incelenmesine geçilir ve yapılan inceleme neticesinde kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı bulunmadığı anlaşılırsa başvurunun reddine⁸⁵, şartların varlığı hâlinde ise başvurunun kabulüyle kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı bulunduğu karar verilir⁸⁶.

Bu karardan sonra hüküm uyuşmazlığı başvurusuna ilişkin dilekçe ve ekleri öngörülen sürede cevap vermesi amacıyla dosyanın diğer tarafına gönderilir⁸⁷. Gelen cevap dilekçesi ve ekleri bu kez uyuşmazlığın çözümünü isteyen tarafa gönderilir ve dosyadaki eksiklerin tamamlanmasının ardından belirlenen günde dosyanın esasının görüşülmesine karar verilir⁸⁸.

⁸⁵ "...2247 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde öngörülen 'konu ve dava sebebinin aynı olması', 'hakkin yerine getirilmesinin imkansız bulunması' koşullarını taşımayan başvurunun reddi gerekmiştir." UM HB'nün 30.12.2013 K.T., 2013/64 E., 2013/1755 K. sayılı kararı.

⁸⁶ "...Belirtilen nedenlerle İstanbul 2. Vergi Mahkemesi ile İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi kararları arasında 2247 sayılı Yasa'nın 24.maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiği, verilen kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı bulunduğu karar verilmiştir." UM HB'nün 21.5.2012 K.T., 2010/95 E., 2012/93 K. sayılı kararı.

⁸⁷ TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 796-797; DİNÇ, s. 19; BARUTOĞLU, s. 138; ÇAĞLAYAN, *Yargılama*, s. 134; RESULOĞLU, s. 120; YEŞİL, s. 291-292; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 173.

⁸⁸ "...2247 sayılı Yasanın 25. maddesi hükümleri uyarınca; a) İdari Yargılama Usulü Yasası gözetilerek Uyuşmazlık Mahkemesine yapılan başvuruya ait dilekçe ve eklerinin otuz gün içinde yanıt verilmek üzere ...Ticaret ve Sanayi A.Ş.' ne bildirilmesine, anılan Şirketçe verilen yanıtın karşı tarafa tebliği suretiyle dosyanın tekemmülünün sağlanmasına, b) Usulü işlemler tamamlandıktan ve esas hakkındaki rapor yazıldıktan

b. Esasa İlişkin İnceleme

UM'nin esastan inceleyeceği dosyalarla ilgili uyması gereken kurallar UMK'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; “*Hukuk alanındaki hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay yargılama usulünün bu kanuna aykırı olmayan hükümlerini uygulamak suretiyle anlaşmazlığın esasını da karara bağlar.*

Ceza alanındaki hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun bu kanuna aykırı olmayan hükümlerini uygular ve esasa ilişkin bir karar vermeksizin sadece o davayı hangi ceza mahkemesinin görüp karara bağlaması gerektiğini belirtmek suretiyle anlaşmazlığı çözer. Kazanılmış haklar saklı tutulur.

Uyuşmazlık Mahkemesi hüküm uyuşmazlıklarını dosya üzerinde inceleyerek karara bağlar. Gerekli gördüğü hâllerde veya istek üzerine tarafları dinleyebilir.” hükmüne yer verilmiştir

UMK'da, hukuk dosyalarında 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun⁸⁹, ceza dosyalarında da CMK'nun, UMK'na aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması suretiyle uyuşmazlıkların çözüleceği belirtilmiştir. Mahkeme, UMK'nun 25. maddesinin 3. fıkrası gereğince tarafları dinleyebilir⁹⁰; 35. maddesi gereğince de dosyayla ilgili her türlü belge ve bilgiyi isteyebilir.

UMK'nun 25. maddesinden de anlaşılacağı üzere, hukuk ve ceza uyuşmazlıklarının çözüm usulleri farklıdır ve bu uyuşmazlıkların çözüm usullerinin ayrı başlıklarda incelenmesi faydalı olacaktır.

aa. Hukuk Dosyalarıyla İlgili Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü

Hukuk dosyalarının çözümünde atıf yapılan İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK)'nda resen araştırma ilkesi geçerlidir (md. 20). Bu ilke gereğince UM uyuşmazlıkları çözerken; her türlü araştırmayı yapabilir, dosyayla ilgili belge toplayabilir, tanık dinleyebilir, bilirkişi incelemesi yaptırabilir ve uygun görmesi halinde duruşma yapabilir (İYUK md. 17)⁹¹.

sonra Başkanlıkça belirlenecek günde işin esasının görüşülmesine karar verildi...” UM HB'nün 21.5.2012 K.T., 2010/95 E., 2012/93 K. sayılı kararı.

⁸⁹ 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁰ DİNÇ, s. 21; YEŞİL, s. 293-294; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 796-797; DURAN, s. 155.

⁹¹ YEŞİL, s. 294; DURAN, s. 155; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 176.

UMK'nun 25. maddesinin 1. fıkrası gereğince UM, hukuk dosyalarıyla ilgili uyuşmazlıkları çözerken işin esasını da karara bağlar ve bu kapsam da üç türlü karar verir. Bunlar, başvurunun reddi, kararlardan birinin kaldırılıp diğerinin olaya uygulanması ve her iki kararın da kaldırılarak dava konusu olayla ilgili yeni bir karar verilmesidir⁹².

UM, şartları taşımayan başvurunun reddine karar verir⁹³. Başvuru reddedilse de, uyuşmazlığa konu kararlar kesinleşmiş olduklarından ilgili mercilerce gerekleri yerine getirilir⁹⁴.

UM'nin yaptığı inceleme neticesinde kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı bulunduğu tespit ederse dosyanın esasına girip uyuşmazlığı nasıl çözeceğine karar verir. Bu bağlamda; kararlardan birinin uyuşmazlık konusu olaya uygulanmasına ve diğer(ler)inin kaldırılmasına karar verebileceği gibi, uyuşmazlığın çözümü için kararların yeterli olmaması halinde hepsini kaldırarak dosyanın esası hakkında kendisi yeni bir karar verebilir. UM'ne hüküm uyuşmazlığının çözümünde tanınan bu yetki, yani kesin hükümleri kaldırabilme yetkisi başka hiçbir mahkemeye verilmemiştir⁹⁵.

UM, kararlardan birinin olaya uygulanmasına hükmettiği başvurularda dosyanın esasına girmekte ve ilk derece mahkemelerince mevcut belge ve delillere göre karar verilip verilmediğini de değerlendirmektedir⁹⁶. Bu tür başvurularda UM, kendisi dosyanın esasıyla ilgili bir karar vermemekte, uygulanmasına onay verdiği kararın önündeki hukuki engelleri kaldırmaktadır⁹⁷. Uyuşmazlığın bu şekilde çözümüyle

⁹² BARUTOĞLU, s. 157; DİNÇ, s. 20; YEŞİL, s. 294; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 182.

⁹³ UM HB'nün 01.6.2015 K.T., 2014/932 E., 2015/343 K. sayılı; 17.4.2014 K.T., 2013/1515 E., 2014/712 K. sayılı; 02.6.2014 K.T., 2013/1472 E., 2014/615 K. sayılı; 30.12.2013 K.T., 2013/285 E., 2013/1756 K. sayılı; 30.12.2013 K.T., 2013/64 E., 2013/1755 K. sayılı ve 30.12.2013 K.T., 2013/63 E., 2013/1754 K. sayılı kararları.

⁹⁴ TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 797; YEŞİL, s. 294.

⁹⁵ YEŞİL, s. 295; DURAN, s. 155-156; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 798 vd.

⁹⁶ "...Türkiye İstatistik Kurumu Edirne Bölge Müdürlüğünde sözleşmeli TÜİK uzmanı olarak görev yapan A.Ö.ye 18.11.2005-14.01.20009 tarihleri arasında yersiz olarak ödenen denetim tazminatının geri istenilmesine ilişkin işlemin hukuka uygun olduğunun saptanması karşısında..." UM HB'nün 13.10.2014 K.T., 2013/1607 E., 2014/887 K. sayılı kararı; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 183-184; YEŞİL, s. 295; DİNÇ, s. 20.

⁹⁷ "...Ecri misil ihbarnamesinin iptali için açılan dava sonunda, davanın reddine karar veren ...İdare Mahkemesi kararının kaldırılması, hukuk ve usule uygun bulunan ...Asliye Hukuk Mahkemesinin kararının kabulü ve bu surette hüküm uyuşmazlığının

birlikte kaldırılan karara bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar da kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.

UM, uyuşmazlığın çözümü için kararları yeterli görmezse işin esasıyla ilgili yeni bir karar verir. Mahkeme bu kararı verirken önceki kararlarla ve tarafların talepleriyle bağlı değildir⁹⁸. Kararda hangi gerekçelerle böyle bir sonuca varıldığı ve uyuşmazlığa konu olayın ne suretle çözüleceğine ayrıntılı olarak yer verilir⁹⁹.

Mahkeme, verilen kararların isabetsiz olduğunu ve uyuşmazlığın çözümünü sağlamayacağını düşünmesi durumunda her iki kararın da kaldırılmasına karar verir¹⁰⁰. Yani Mahkeme öncelikle yerel mahkemelerce verilen kararların yerinde olup olmadığını denetler¹⁰¹.

Benzer şekilde, verilen kararların sonuç olarak doğru olmalarına rağmen, uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmamaları halinde, örneğin kararlardan birinin uyuşmazlığın bir kısmına, diğerinin de başka bir kısmına ilişkin olması ve birinde yer verilen hususlara diğerinde yer verilmemesi nedeniyle uyuşmazlığın çözümünü tam sağlayamamaları halinde de her iki kararın kaldırılmasına karar verir. UM, idari para cezası, ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz tutarına ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili verdiği kararında, olaya adli yargı mahkemesinin kararının uygulanması hâlinde idare mahkemesince hükme bağlanan “*idari para cezasıyla*” ilgili uyuşmazlığın çözüme kavuşturulamayacağını, idare mahkemesi kararının olaya uygulanması hâlinde de “*ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz tutarı*” ile ilgili uyuşmazlığın çözüme kavuşturulamayacağını belirterek her iki kararı kaldırmış ve hem idari

giderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.” UM HB’nün 01.7.2013 K.T., 2011/120 E., 2013/1057 K. sayılı kararı; Benzer kararlar için bkz.; UM HB’nün 13.10.2014 K.T., 2013/1607 E., 2014/887 K. sayılı; 03.3.2014 K.T., 2012/164 E., 2014/143 K. sayılı; 30.12.2013 K.T., 2012/328 E., 2013/1752 K. sayılı kararları; DURAN, s. 155; YEŞİL, s. 295; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 798.

⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin dosyanın esasına girerek karar verdiği hüküm uyuşmazlığı dosyaları için bkz. UM HB’nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı; 13.10.2014 K.T., 2014/18 E., 2014/888 K. sayılı; 05.5.2014 K.T., 2013/665 E., 2014/501 K. sayılı; 01.4.2014 K.T., 2013/1148 E., 2014/314 K. sayılı ve 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararları.

⁹⁹ UM HB’nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararı.

¹⁰⁰ UM’nin 08.12.1973 K.T., 1969/509 E., 1973/62 K. sayılı kararı; 06.3.1974 tarihli ve 14819 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰¹ YEŞİL, s. 294; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 798-799.

para cezası hem de ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz tutarıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümü sağlayacak şekilde yeni bir karar vermiştir¹⁰².

Yine verilen kararlardan birinin isabetsiz, diğerinin isabetli olması ve isabetli kararın uyuşmazlığın çözümünü tam olarak sağlayamaması, yani yetersiz olması durumunda da her iki kararın kaldırılmasına karar verir¹⁰³.

Son olarak, kararlardan birinin görevsiz, diğerinin görevli mahkemece verilmesi ve görevsiz mahkemece verilen kararın isabetli olmasına rağmen görevli mahkemece verilen kararın isabetsiz olması durumunda UM, verilen kararlardan birisi isabetli olsa da görevli mahkeme tarafından verilememesi nedeniyle her ikisinin de kaldırılmasına karar vererek, kendisi için esasıyla ilgili yeni bir karar verir¹⁰⁴.

bb. Ceza Davalarıyla İlgili Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü

UMK'nun 25. maddesinin 2. fıkrasında: “*Ceza alanındaki hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi, ...esasa ilişkin bir karar vermeksizin sadece o davayı hangi ceza mahkemesinin görüp karara bağlaması gerektiğini belirtmek suretiyle anlaşmazlığı çözer.*” ifadesine yer verilmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere ceza dosyalarıyla ilgili hüküm uyuşmazlıklarının çözümünde UM, bu uyuşmazlıklarla ilgili esastan bir karar vermemektedir. Görev uyuşmazlıklarının çözümünde olduğu gibi o uyuşmazlığı çözecek ceza mahkemesini belirlemekte ve belirlenen görevli mahkeme tekrar yargılama yapıp yeni bir karar

¹⁰²UM HB'nün 13.10.2014 K.T., 2014/18 E., 2014/888 K. sayılı kararı; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 804 vd. YEŞİL, s. 296 vd.

¹⁰³UM HB'nün 28.9.2015 K.T., 2014/783 E., 2015/563 K. sayılı kararı.

¹⁰⁴“...Adli yargı yurisdiction verilen kararın sonucu hukuka uygunluk arz etse de mahkemelerin görevine ilişkin olarak yapılan açıklamalardan hareketle ...İş Mahkemesi kararının kaldırılması gerektiği izahatın varestedir. ...İdare Mahkemesi kararını bozan ve davanın esastan reddine karar veren ...Bölge idare Mahkemesi davada görevli ise de belirtilen nedenlerle bu mahkemece verilen kararda hukuki isabet bulunmadığından, bu kararın da kaldırılması gerekmektedir. Bu saptama uyarınca uyuşmazlığın esas hakkında hüküm tesisi yoluna gidilmesi ve davacı lehine eksik ödenen tedavi malzemesi bedeline hükmedilmesi gerekmektedir.” UM HB'nün 05.5.2014 K.T., 2013/665 E., 2014/501 K. sayılı kararı; Benzer karar için bkz., UM HB'nün 01.4.2014 K.T., 2013/1148 E., 2014/314 K. sayılı kararı; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 804 vd.; YEŞİL, s. 301 vd.

vermektedir¹⁰⁵. Yani UM, doğru kabul ettiği bir kararın olaya uygulanmasına veya kararları yanlış bulsa da her ikisini kaldırıp esastan karar vermeye yetkili değildir¹⁰⁶. Ceza uyumsuzluklarının çözümüyle ilgili UMK'da yer alan düzenleme bu anlamda hüküm uyumsuzluğunun varlık nedeniyle bağdaşmamakta ve usul ekonomisine de uymamaktadır. Zira UM tarafından görevli kabul edilen mahkeme aynı dosyayla ilgili ikinci kez yargılama yapmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle UMK'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının değiştirilmesinde ve ceza dosyalarının çözümünde de hukuk dosyalarının çözümüne benzer hükümlere yer verilmesinde fayda olacağı söylenebilir.

4. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararından Sonra Yapılacak İşlemler

UM tarafından verilen karar ilk derece mahkemelerine hemen bildirilir. UMK'nun 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince verilen kararlar sadece dosyanın taraflarını bağlar¹⁰⁷. Hukuk davalarında kararlardan birinin kaldırılmasına ve diğerinin uygulanmasına karar verildiği durumlarda, bu karar UM tarafından verilmiş yeni bir karar değildir ve uygulanmasına işaret edilen kararın önündeki engellerin kaldırılmasını ifade eder. Esastan verilen karar ise yeni bir karardır ve UMK'nun 29. maddesi gereğince verildiği anda kesindir¹⁰⁸.

UM'nin kararının ilk derece mahkemesine ulaşmasından sonra, eğer kararlardan birinin kaldırılıp, diğerinin uygulanmasına karar verilmişse, kararı kaldırılan mahkeme karar defterine bu durumu şerh düşer. UM'nin her iki kararı kaldırıp dosyanın esası hakkında yeni bir karar vermesi halinde ise, kararları kaldırılan mahkemeler karar defterlerine bu hususu şerh düşerler.

Ceza dosyalarında her iki karar da kaldırıldığından mahkemeler bu durumu karar defterine şerh düşerler. Ayrıca yargılama yapmasına karar verilen mahkeme, şerh te UM'nin kararına dayanarak yeniden yargılama yapacağını da belirtir¹⁰⁹.

¹⁰⁵UM CB'nün 11.4.1983 K.T., 1983/47 E., 1983/149 K. sayılı kararı; UM CB'nün 27.6.1983 K.T., 1983/60 E., 1983/417 K. sayılı kararı; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 556; DİNÇ, s. 20-21; YEŞİL, s. 307.

¹⁰⁶UM CB'nün 22.12.1995 K.T., 1995/31 E., 1995/35 K. sayılı kararı.

¹⁰⁷UM HB'nün 09.4.2012 K.T., 2011/66 E., 2012/61 K. sayılı kararı.

¹⁰⁸KURU, s. 777; TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 823; YEŞİL, s. 308; TERCAN, *Hüküm Uyuşmazlığı*, s. 205.

¹⁰⁹TERCAN, *Esas Hakkında*, s. 843.

II. Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kavramı ve Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Işığında Hüküm Uyuşmazlığının Tüketilmesi Gereken Bir Yol Olup Olmadığı

A. Genel Olarak

7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla kabulünden sonra kişilere Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır¹¹⁰. Konunun düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında; *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."* ifadesine yer verilmiştir.

Bireysel başvuru kapsamına giren hususlar da 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un¹¹¹ 45. maddesinde düzenlenmiştir. Madde de: *"Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."* denilmiştir¹¹². Madde metninde anlaşılacağı üzere 6216 sayılı Yasa ile Anayasa'daki düzenleme genişletilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında yer alan temel hak ve hürriyetlerle birlikte, ülkemizin taraf olduğu ek protokollerde güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerde bireysel başvuruya dâhil edilmiş ve başvurunun kapsamı genişletilmiştir¹¹³.

Anayasa'nın 148 ve 6216 sayılı Kanun'un 45 ila 47. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde bireysel başvuruda bulunabilme şartları şöyle

¹¹⁰EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa, **Sorularla Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 1.

¹¹¹ 03.4.2011 tarihli ve 27894 sayılı Resmi Gazete.

¹¹²ÜNAL, Recep, **Bireysel Başvuru Çerçevesinde İfade Özgürlüğü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kırıkkale, 2014, s. 30; EKİNCİ/SAĞLAM, s. 6.

¹¹³ATASOY, Hakan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 201; DUYSAK FİDAN, Seda, **Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu ve Türkiye'de Gelişimi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 40-41.

sıralanabilir: Kamu gücü kullanılmak suretiyle kişilerin bireysel başvuruya konu hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmiş olması¹¹⁴, başvuruya konu eylem ya da işlem sebebiyle bireyin güncel ve şahsi bir hakkının doğrudan etkilenmesi¹¹⁵, öngörülmuş olan idari ve yargısal bütün başvuru yollarının başvurudan önce tüketilmesi¹¹⁶, başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ya da öngörülmuş bir başvuru yolunun bulunmaması halinde ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması¹¹⁷, yapılan başvuruya ilgili Anayasa Mahkemesi'nin daha önce bir karar vermemiş olması, başvuru tarafından başvuru hakkının açıkça kötüye kullanılmamış olması¹¹⁸, başvurunun Yasa'da öngörülen haklarla ilgili olması¹¹⁹, başvurucağın uğradığı zararın önemli bir zarar olması ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmamasıdır.

Bireysel başvuru şartlarına değindikten sonra UM kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilip gidilemeyeceği hususuna da değinilmesinde fayda vardır. Burada ilk olarak 6216 sayılı Kanun'un bireysel başvuruya konu edilemeyecek hususların yer aldığı 45. maddesinin 3. fıkrasına bakmak gerekir. Anılan maddede: “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*” hükmüne yer verilmiştir.

Maddede, UM kararları aleyhine bireysel başvuru yapılmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar Mahkemenin verdiği kararlar kesin olsa da, bu kesinlik bireysel başvuruya engel değildir ve bu kararların kesinleşen diğer mahkeme kararlarından farkı yoktur. Kısacası, verilmiş olan UM kararı nedeniyle hakkının ihlâl edildiğini düşünen

¹¹⁴SAĞLAM, Musa/EKİNCİ, Hüseyin, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Şen Matbaası, Ankara, 2012, s. 13; DUYSAK FİDAN, s. 46.

¹¹⁵EKİNCİ, Hüseyin “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, **Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (Editör: Musa SAĞLAM), Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 124-125, (“*Kriterler*”); ÜNAL, s. 25; EKİNCİ/SAĞLAM, s. 44; DUYSAK FİDAN, s. 72.

¹¹⁶Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Başvuru No: 2012/363, Karar Tarihi: 05.03.2013, (Çalışmada yer verilen Anayasa Mahkemesi kararları <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> adresinden alınmıştır. Sonraki alıntılarda ayrıca kaynak belirtilmeyecektir).

¹¹⁷SAĞLAM/EKİNCİ, s. 25 ve 79; DUYSAK FİDAN, s. 79.

¹¹⁸EKİNCİ, *Kriterler*, s. 154,159; DUYSAK FİDAN, s. 101.

¹¹⁹DUYSAK FİDAN, s. 117; SAĞLAM/EKİNCİ, s. 14.

gerçek ya da tüzel kişiler, diğer şartların varlığı halinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilirler¹²⁰.

B. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kavramı

Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında, bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle “*olağan kanun yolları*”nın tüketilmesi gerektiği düzenlenmiştir¹²¹. Benzer düzenlemeye 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da yer verilmiş ve ihlâl neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmuş “*idari ve yargısal başvuru yollarının*” tümünün bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gerektiği¹²² ve bu yollar tüketilmeden yapılan başvuruların reddedileceği hükme bağlanmıştır¹²³. Bireysel başvuruda idari ve yargısal yolların tüketildiğinin başvuru tarafından ispat edilmesi gerekir ve başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğini Anayasa Mahkemesi resen gözetir¹²⁴.

Bu kuralın getirilme nedeni, hak ihlallerinin Anayasa Mahkemesi'nden önce idari ve yargısal makamlar tarafından giderilmesini sağlamaktır. Bu durum, bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir yol olmasından kaynaklanır¹²⁵. Yine bireysel başvuruda bulunulabilmesi için

¹²⁰ YEŞİL, s. 346.

¹²¹ EFE, Metin, **Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2016, s. 250; ATASOY, s. 197; GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, Ankara, 2011, s. 14.

¹²² “...Başvuru yolları, başvuruçunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yollarını ifade etmektedir.” Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/6359, Karar Tarihi: 12.10.2014.

¹²³ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/1205, Karar Tarihi: 17.9.2013.

¹²⁴ EFE, s. 252; ATASOY, s. 197.

¹²⁵ Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2012/946, Karar Tarihi: 26.3.2013; **Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (Editör: Musa SAĞLAM/Hasan Tuna GÖKSU), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 101; ŞEN, Murat, “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (Editörler: Hüseyin TURAN/Recep KAPLAN), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 85; EKİNCİ, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Sorunu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 3, S. 11, Ankara, 2012, s. 17-18, (“*Tüketilmesi*”); ER, Selami, “Bireysel Başvuru İncelemesinde

idari ve yargı mercileri tarafından konuya ilişkin verilmiş olan kararın kesinleşmesi gerekir ki, bu durum da bireysel başvurunun tamamlayıcı niteliğinin bir sonucudur. Yani Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruda mahkemelerin ve idari mercilerin hak ihlalinin gideremedikleri durumlarda devreye girmektedir¹²⁶.

Anayasa Mahkemesi uygulamasında, bireysel başvuruda bulunulabilmesi için başvuruya konu kararla ilgili öngörülmuş olağan kanun yollarının bulunması durumunda öncelikle bu yollara müracaat edilmelidir. Yani temyiz, itiraz ve istinaf kanun yolları tüketilmesi gereken başvuru yollarıdır¹²⁷. Ancak olağanüstü kanun yolları, başvuru doğrudan ulaşamaması ve bu başvuru yollarına müracaatın başka bir makamın takdirine bağlı olması nedeniyle¹²⁸ “*etkili*” ve “*ulaşılabilir*” bir yol olarak kabul edilmemektedir¹²⁹. Anayasa

Mülkiyet Hakkı”, **İnsan Onuru İçin Anayasa Mahkemesinde 25 Yıl, Haşim KILIÇ’a Armağan**, (Editörler: Ali Rıza ÇOBAN/Serdar GÜLENER/Musa SAĞLAM/Hüseyin EKİNCİ), C. 2, Ankara, 2015, s. 1451; EFE, s. 253; EKİNCİ/SAĞLAM, s. 46-47.

¹²⁶ÖZBEY, Özcan, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı**, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 285, (“*Bireysel Başvuru*”); TÜRMEK, Rıza, “İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, No: 8, İstanbul, 1999, s. 777; ATASOY, s. 199; EFE, s. 264.

¹²⁷ “...*Ceza muhakemesinde tüketilmesi gereken son başvuru yolu kural olarak temyizdir*”, Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/1999, Karar Tarihi: 09.01.2014; Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 112-113; EFE, s. 269; ATASOY, s. 202; ŞEN, s. 97 vd.

¹²⁸ “...*Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun’un 308. maddesi gereğince Yargıtay cumhuriyet başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvuru yolunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay cumhuriyet başsavcısının takdirine harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.*” Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/2001, Karar Tarihi: 16.5.2013.

¹²⁹ “...5271 sayılı Kanun’un 309. ve 310. maddeleri uyarınca kanun yararına bozma; hâkimler ve mahkemeler tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlar için öngörülen ve bu kararların Yargıtayca denetlenmesini sağlayan bir kanun yoludur. Amacı kesinleşen kararlardaki hukuka aykırılıkları gidermek ve kanunların ülke içinde eşit bir şekilde uygulanmasını sağlamak olan kanun yararına bozma, kesin kararlara karşı başvuru olan bir yol olduğundan, olağanüstü bir kanun yoludur. Öte yandan kanun yararına bozma, kişiler için doğrudan ulaşılabilir bir yol olmayıp olağanüstü bir kanun yolu niteliği taşımakla, tüketilmesi

Mahkemesi de -temyiz incelemesinden geçen bir karara karşı- CMK'nun 308. maddesi gereğince yapılan "itiraz" başvurusunu, bu başvuruyu yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yapabilmesi, talepte bulunanların istemlerinin sadece başsavcının harekete geçirilmesine yönelik olması nedeniyle tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul etmemiştir¹³⁰.

Bir kanun yolunun olağan kabul edilmesi için sadece kanunlarda olağan kanun yolları arasında düzenlenmesi yeterli değildir. Ayrıca bu kanun yolunun kişiler açısından belirgin olması, dolambaçlı olmaması ve başvuru yolunun tüketilmesi halinde meydana gelen hak kayıplarını gidermede makul bir başarı şansı sunması gerekir¹³¹.

Bir kanun yoluna başvuru konusunda kişilere seçim hakkı verilmişse o kanun yolunun zorunlu olduğundan söz edilemez ve bu yol tüketilmeden de bireysel başvuru yapılabilir¹³².

Başvuruda bulunan kişi kendi hatası ya da ihmali yüzünden kanunda öngörülen olağan kanun yoluna başvurmadan bireysel başvuruda bulunursa, başvurusu reddedilir. Çünkü başvurucunun bu konuda özen yükümlülüğü vardır ve bu yükümlülüğe uymak zorundadır. Ancak hak ihlaline yönelik herhangi bir kanun yolu öngörülmemişse başvuru yolunun tüketilmesi aranmaz. Bu halde bireysel başvuru süresi, başvuruya konu olayın veya ihlalin meydana geldiği veya işlemin ihdas edildiği tarihten başlar¹³³.

Olağan başvuru yollarının tüketilmesi katı bir şekilde yorumlanmamalı, her olayın kendine özgü şartları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Çünkü kuralın katı yorumlanması halinde bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmayan neticeler ortaya çıkabilir. Zira bireysel başvurunun amacı varlığı iddia edilen hak ihlallerinin tespiti ve

gereken bir yol değildir." Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2012/644, Karar Tarihi: 05.3.2012.

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/1610, Karar Tarihi: 13.6.2013.

¹³¹ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013; Benzer yöndeki karar için bkz. Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2012/338, Karar Tarihi: 02.7.2013; EKİNCİ, *Tüketilmesi*, s. 17; ŞEN, s. 99; EFE, s. 269; EKİNCİ/SAĞLAM, s. 48-49.

¹³² EFE, s. 265.

¹³³ ATASOY, s. 204; EFE, s. 269; ÖZBEY, s. 260;

giderilmesi, dolayısıyla hakların etkin bir şekilde korunmasıdır¹³⁴. Bu nedenle, bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken kanun yollarının ihlal iddialarını tespit ve gidermede “*etkili*” ve “*mevcut*” olması gerekir. Dolayısıyla kanunda olağan bir kanun yolu öngörülse dahi, öngörülen kanun yolu fiilen uygulanmıyor veya etkili bir yol olarak değerlendirilmiyorsa başvurucunun bu yolu tüketmesi beklenmez. Ancak durumun yargısal içtihatlar ya da yasa hükümleriyle ortaya konulması gerekir¹³⁵.

Bazen hak ihlâlinin giderilmesi amacıyla birden çok ve etkili kanun yolu öngörülmüş olabilir. Böyle durumlarda başvurucunun etkili yolların tamamını tüketmesi gerekmez ve hangi kanun yoluna müracaat edeceğine karar verme yetkisi başvurucuya aittir. Başvurucunun, başvuru yollarından sadece birini tüketmek suretiyle yaptığı başvuru, diğer etkili başvuru yollarına müracaat etmediği gerekçesiyle reddedilmez¹³⁶. Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları da aynı yöndedir ve Mahkeme bir başvuruda; hukuk yolunun ceza yolundan daha etkili olduğuna karar verilemeyeceğini ve başvurucunun iki yoldan biri olan hukuk yolunu, ceza yoluna tercih etmesinin başvuru yollarının tüketilmesi açısından yeterli olduğunu hükme bağlamıştır¹³⁷.

Bireysel başvuru yapılmadan evvel etkili ve sonuç almaya yönelik bir kanun yoluna başvurulması halinde, bireysel başvuru için bu başvurunun sonucu beklenmelidir¹³⁸.

Kanun yolunun tüketilmesi, başvurunun öngörülen usul kurallarına uygun yapılmasına bağlıdır. Örneğin, 5271 sayılı Kanun'a¹³⁹ göre temyiz süresi yedi gündür. Başvurucunun sekizinci günde temyiz isteminde

¹³⁴Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/1582, Karar Tarihi: 7.11.2013.

¹³⁵ÖZBEY, Özcan, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Kabul Edilmezlik Nedenleri", **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, (Editör: Sevtap YOKUŞ), Seçkin Yayıncılık, Ocak 2014, Ankara, s. 200, ("Anayasa Şikâyeti"); EFE, s. 268; ATASOY, s. 206 vd.

¹³⁶EKİNCİ, *Tüketilmesi*, s. 5; ÖZBEY, *Bireysel Başvuru*, s. 27; EFE, s. 265-266.

¹³⁷AİHM'nin, Ramazan Yıldırım/Türkiye Kararı, Başvuru No: 4300/05, Karar Tarihi: 06.01.2009; AİHM'nin, Karako/Macaristan Kararı, Başvuru No: 39311/05, Karar Tarihi: 28.4.2009.

¹³⁸Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2012/26, Karar Tarihi: 26.3.2013.

¹³⁹17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmi Gazete.

bulunması durumunda, başvurusu reddedilir. Yani sadece öngörülen yasa yoluna başvuru yeterli olmayıp, başvurunun usulüne uygun olarak da yapılması gerekir¹⁴⁰.

Başvurucu, kendisiyle ilgili olan fakirlik, hastalık, bilgisizlik, yaşlılık gibi nedenlerden ötürü başvuru yollarını tüketmekten kaçınmaz ve bu sebeplere dayanarak mazeret beyanında bulunamaz¹⁴¹.

Hak ihlâline ilişkin iddiaların idari ve yargısal başvuru yolu aşamasında ileri sürülmesi gerekir. Bu aşamalarda dile getirilmeyen hak ihlalleriyle ilgili Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılamaz¹⁴². Yine idari ve yargısal başvuru yollarında sunulmamış olan bilgi ve belgeler de bireysel başvuruda sunulamaz. Zira bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi gereği temel hak ve özgürlüklerin ihlâliyle ilgili bilgi ve belgelerin öncelikle başvuru yollarında sunulması ve bu makamlarda şikâyetin çözüme kavuşturulması beklenir¹⁴³. Benzer şekilde, bireysel başvuruya konu hak ihlallerinin AHİS ve Anayasa'nın hangi maddelerine ilişkin olduğunu belirtmek zorunlu olmayıp, ihlâl iddialarının özü itibarıyla belirtilmesi yeterlidir¹⁴⁴.

C. Hüküm Uyuşmazlığının Bireysel Başvuru Açısından Tüketilmesi Gereken Bir Yol Olup Olmadığı ve Olağan Kanun Yolu Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği

Başvuru yollarının tüketilmesi kavramıyla ilgili açıklamalar ışığında, hüküm uyuşmazlığının çözümü amacıyla UM'ne yapılan başvurunun tüketilmesi gereken, etkili ve ulaşılabilir bir başvuru yolu olup olmadığının incelenmesi ve bunun için de hüküm uyuşmazlığının olağan mı yoksa olağanüstü bir başvuru yolu mu olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira UM'ne yapılacak başvurunun, tüketilmesi gereken bir yol olup olmadığı öncelikle buna bağlıdır.

Bize göre UM, dört yargı kolundan bağımsız da olsa görevi gereği ülkemizde var olan yargı ayrılığı sisteminden kaynaklı sorunları

¹⁴⁰ AİHM'nin Azinas/Kıbrıs Kararı, Başvuru No: 56679/00, Karar Tarihi: 28.4.2004; EFE, s. 260; Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 108.

¹⁴¹ EFE, s. 261; ATASOY, s. 234; ÖZBEY, *Bireysel Başvuru*, s. 26-27.

¹⁴² ÜNAL, s. 11; EFE, s. 261.

¹⁴³ Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2012/946, Karar Tarihi: 26.3.2013.

¹⁴⁴ EKİNCİ, *Tüketilmesi*, s. 6; EFE, s. 261-262.

çözmektedir. Zira bu sistemin geçerli olduğu ülkelerde görev ve hüküm uyumsuzluklarının çıkması kaçınılmazdır. Her ne kadar hüküm uyumsuzluğu şartları ve oluşumu değerlendirildiğinde olağanüstü bir yol gibi görünse ve olağanüstü kanun yollarına benzese de, aslında durum böyle değildir. Zira yargı kollarının usul kanunlarında düzenlenen olağanüstü kanun yollarına, derecattan geçen ve uyumsuzluğun çözülemediği durumlarda son çare olarak başvurulur. Yani usulüne uygun verilip kesinleşen kararlarla ilgili o yargı kolu açısından bir sorun bulunmamaktadır.

Hüküm uyumsuzluğu açısından ise asıl sorun bu aşamada başlamakta ve farklı yargı kollarına dâhil mahkemelerce aynı konuda verilen ve kesinleşen çelişkili kararlar nedeniyle hakkın yerine getirilmesi imkânsız hale gelmektedir. Yani bu uyumsuzlukta -olağanüstü kanun yollarında olduğu gibi- yargı kollarının iç işleyişinden değil, yargı sisteminin işleyişinden kaynaklı bir sorun bulunmaktadır¹⁴⁵.

Yargı birliği sisteminin geçerli olduğu ülkelerde temyiz merciinin incelemesinden geçen kararlarla ilgili böyle bir durumla karşılaşılması çok zordur. Çünkü bu sistemde, temyiz incelemesi tek olan yüksek mahkeme tarafından yapılır. Ancak temyiz incelemesinden geçmeyen ya da sadece birinin bu incelemeden geçtiği kararlar arasında hüküm uyumsuzluğu çıkabilir ve bu uyumsuzluk yine yüksek mahkeme tarafından çözülür.

Yargı ayrılığı sisteminin olduğu ülkelerde ise, her yargı kolunun usul kanununa göre kesinleşen mahkeme kararları icrai nitelikte olduğundan, aynı konuda farklı yargı kollarına dâhil mahkemelerce karar verilmesi ve bu kararların bir biriyle çelişmesi mümkündür. Bu sebeple de bu ülkelerde adeta hakem görevi yapacak ve kesinleşmiş kararlardan dava konusu olaya uygulanacak olanı belirleyecek bir müesseseye ihtiyaç vardır ki, ülkemizde bu ihtiyacı UM gidermektedir. Nitekim AİHM'ne göre de, yargı ayrılığı sisteminin geçerli olduğu ülkelerde içtihat farklılıklarından kaynaklı hak kayıplarının önlenmesi adına içtihatları uyumlaştıracak mekanizmalara ihtiyaç vardır. Böyle bir mekanizma adil yargılanma hakkının gereklerinden birisidir¹⁴⁶. Bu yönüyle UM, AİHM'nin belirttiği mekanizmaya karşılık gelmektedir.

¹⁴⁵ YEŞİL, s. 353.

¹⁴⁶ AİHM'nin Nejdet Şahin-Perihan Şahin/Türkiye Kararı, Başvuru No: 13279/05, Karar Tarihi: 20.10.2011.

Hüküm uyuşmazlığı, yargı sisteminden kaynaklı ihtilafların çözümü ve siteminin olağan işleyişini sağlamak için öngörülen hukuksal bir yoldur ve usul yasalarında düzenlenen kanun yollarından farklı olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, Anayasa'nın 148. maddesindeki bireysel başvuru şartlarından olan olağan kanun yollarına başvuru ifadesi de mutlaka usul kanunlarındaki “*yasa yollarıyla*” sınırlı değerlendirilmemeli ve bunlar dışında, başka kanunlarda¹⁴⁷ öngörülen başvuru yollarının da “*yasa yolu*” veya daha geniş anlamıyla “*kanunda öngörülmüş başvuru yolu*” olarak değerlendirilmelidir. Kaldı ki 6216 Kanun'un 45. maddesinin 2. fıkrası da düşünceyi destekler niteliktedir. Maddede, bireysel başvuru için kanunlarda öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi yeterli kabul edilmiş ve olağan ya da olağanüstü kanun yolu ayrımı yapılmamıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında hüküm uyuşmazlığına müracaat, başvuru yollarının tüketilmesi açısından zorunlu, Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası anlamında da olağan kanun yolu olarak değerlendirilmeli ve bu uyuşmazlığa ilişkin başvurunun, başka bir merciin onayına ihtiyaç duymadan dosyanın taraflarınca yapılabilmesi nedeniyle de etkin ve ulaşılabilir bir yol olduğu kabul edilmelidir.

D. Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Konunun Değerlendirilmesi

UM tarafından verilen kararlar aleyhine yapılmış bireysel başvuruların büyük çoğunluğu Mahkeme'nin görev uyuşmazlığı kapsamında verdiği kararlara ilişkindir¹⁴⁸. Hüküm uyuşmazlığı kapsamında verilen kararlardan sadece biri aleyhine bireysel başvuruda bulunulmuş, fakat başvuruyla ilgili adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların dayanaktan yoksun olması nedeniyle ihlal

¹⁴⁷ UMK'da görev ve hüküm uyuşmazlıklarının çözümü için öngörülmüş başvuru yolları gibi.

¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin resmi Web sitesinden yapılan araştırma neticesinde UM'nin görev uyuşmazlığı kapsamında verdiği kararlar aleyhine yapılan başvurular olarak şunlar tespit edilmiştir: Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/1586, Karar Tarihi: 18.9.2013; Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/5718, Karar Tarihi: 20.3.2014; Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/1793, Karar Tarihi: 18.9.2014; Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/135, Karar Tarihi: 21.01.2015; Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/9669, Karar Tarihi: 19.11.2015.

kararı verilmemiştir¹⁴⁹. Ayrıca, bu başvuruda Anayasa Mahkemesi, hüküm uyumsuzluğunun etkili ve tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olup olmadığına değinmemiştir. Ancak Mahkeme, daha sonraki tarihli bir başvuruda kendisine yapılan başvurunun hüküm uyumsuzluğu niteliğinde olduğunu ve bu yola başvurulmadan kendisine müracaat edilemeyeceğini belirterek başvuruyu reddetmiştir. Çalışmanın bu kısmında, UM açısından çok önemli olduğu düşünülen ve hüküm uyumsuzluğunu etkili bir başvuru yolu kabul eden Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü tarafından 14.4.2016 tarihinde verilen 2013/8173 başvuru numaralı kararının değerlendirilmesine yer verilecektir.

1. Başvuruya Konu Olay

Başvuruya konu olayda; bir hastanede radyoloji teknisyeni olarak çalışan başvurucuya 2004 ile 2006 yılları arasında fazladan özel hizmet tazminatı ve yan ödeme yapıldığı belirtilerek ödenen miktarın iadesi istenmiş, başvurucunun bu talebe itiraz etmesi üzerine Sağlık Bakanlığı paranın tahsili için sulh hukuk mahkemesine alacak davası açmış ve mahkeme davayı kabul ederek fazladan ödenen miktarın başvurucudan tahsiline karar vermiştir¹⁵⁰.

Başvurucu da, fazladan ödendiği iddia edilen paranın iadesini içeren işlemin iptali için süresinde idare mahkemesine dava açmış, mahkeme davaya konu olan işlemin iptaline ve yapılan kesintinin başvurucuya (davacıya) ödenmesine karar vermiştir.

2. Başvurucunun İddiaları

Başvurucu; kendisine fazladan ödeme yapıldığı iddiasıyla iadesi istenen miktarla ilgili işleme karşı idare mahkemesine açtığı davanın lehine sonuçlandığını, ancak aleyhine sebepsiz zenginleşme iddiasıyla sulh hukuk mahkemesine açılan davanın da kabul edildiğini ve böylece taraf, sebep ve konuları aynı olan davalarda çelişkili kararların ortaya çıktığını belirtmiştir.

Başvurucu, konuyla ilgili Yargıtay ve Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları bulunduğunu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun; yapılan fazla ödemenin özel bir süre öngörülmüşse bu sürede ya da iptal davası açılması söz konusuysa dava açma süresi sonuna kadar istenebileceğini,

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/5051, Karar Tarihi: 16.12.2015.

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/8173, Karar Tarihi: 14.4.2016.

bu sürelerin geçmesinden sonra yapılan ödemenin artık geçerli bir ödeme olduğunu ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre de geri istenemeyeceğini belirttiğini dile getirmiştir¹⁵¹.

Benzer şekilde, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun da; yapılan haksız ödemenin altmış günlük dava açma süresi içinde ve bu süre geçtikten sonra ise yalnızca yokluk, açık hata, gerçek dışı beyan veya hile hâllerinde geri istenebileceğini belirttiğini dile getirmiştir¹⁵².

Başvurucu, dava konusu olayla ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı bulunmasına rağmen sulh hukuk mahkemesi ve Yargıtay'ın bu kararı dikkate almadıklarını ve sebepsiz zenginleşmenin varlığını kabul ederek aleyhine karar verdiklerini, olayda sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulansa bile, fazladan yapılan ödemenin bir yıllık zamanaşımı süresi içinde geri istenebileceğini ancak bu sürenin de geçtiğini belirtmiştir.

Başvurucu ayrıca, kendisiyle aynı işi yapan başka bir radyoloji teknisyeni aleyhine fazladan yapıldığı iddia edilen ödemenin iadesi için başka bir sulh hukuk mahkemesine açılan davada, mahkemenin Danıştay içtihadı birleştirme kararına dayanıp idarenin talebini reddettiğini ve bu karar üzerine yapılan kesintinin o kişiye iade edildiğini belirtmiş ve aynı alacak için adli yargı mahkemesiyle idari yargı mahkemesinin farklı kararlar vermesinin hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ve böylece Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerinde düzenlenen hakların ihlal edildiğini ileri sürüp, yeniden yargılanma ve tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararı

Anayasa Mahkemesi, sulh hukuk mahkemesi ve idare mahkemesine açılan davaların konusunun, başvurucuya yapılan ödemenin niteliği ile bu ödemenin idare tarafından geri istenilip istenilmeyeceği olduğunu ve bu iki kararın birbiriyle çeliştiğini belirtmiştir. Ayrıca daha önceki bir tarihte UM'nin, fazladan ödenen denetim tazminatıyla ilgili idare mahkemesi ve sulh hukuk mahkemesi kararları arasında oluşan çelişkinin hüküm uyuşmazlığı niteliğinde olduğunu belirterek başvuruyu esastan karara

¹⁵¹Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 27.01.1973 K.T., 1972/6 E., 1973/2 K. sayılı kararı.

¹⁵²Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 22.12.1973 K.T., 1968/8 E., 1973/14 K. sayılı kararı.

bağladığını¹⁵³ ve bu kararın bireysel başvuruya konu olayla aynı olduğunu dile getirmiştir.

Yüksek Mahkeme sonuç olarak; bireysel başvuruya konu mahkeme kararları arasındaki çelişkinin de hüküm uyuşmazlığı niteliğinde olduğunu, tarafların bir başvuru süresi olmadan hüküm uyuşmazlığının çözümü için UM'ne başvurabileceklerini, başvuru yolunun etkili bir çözüm yolu olan hüküm uyuşmazlığına başvurmadan bireysel başvuru yoluna müracaat edemeyeceğini belirtmiş ve başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurusunun kabul edilemez olduğunu hükme bağlamıştır¹⁵⁴.

4. Kararın Değerlendirilmesi

Kararın bir husus dışında isabetli olduğu ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan *"kanunda öngörülmiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir"* hükmüne uygun olarak verildiği değerlendirilmektedir. Zira hüküm uyuşmazlığına başvuru, maddede belirtilen ve yapılması zorunlu olan başvuru yollarından biridir. Her ne kadar Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası gereğince, olağanüstü kanun yollarına başvurulmadan bireysel başvuru yapılabileceği ve bu bağlamda hüküm uyuşmazlığına başvurulmadan bireysel başvuruda bulunulabileceği söylenebilirse de, daha öncede ifade edildiği üzere, hüküm uyuşmazlığı yargı ayrılığı sisteminin bir sonucudur.

Uyuşmazlığa konu kararlar ilgili yargı kollarının usul kanunlarına uygun olarak verilmişlerdir. Ayrıca bu kararlarla ilgili olağanüstü kanun yollarına başvurulmasını gerektirecek bir durum da yoktur. Yani hüküm uyuşmazlığına konu kararlarla ilgili yargı kolları açısından bir sorun bulunmamakta ve sorun yargı sisteminin işleyişinden kaynaklanmaktadır.

¹⁵³ Hüküm uyuşmazlığına konu bu olayda idare mahkemesi, idarenin fazla ödediği tutarın istenilmesine ilişkin işlemin iptaline ve tahsil edilmiş tutarın davacıya geri ödenmesine; sulh hukuk mahkemesi ise aynı konuda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre fazladan ve yersiz ödenen miktarın davacıdan alınarak idareye ödenmesine karar vermiştir. UM HB'nün 13.10.2014 K.T., 2013/1607 E., 2014/887 K. sayılı kararı.

¹⁵⁴ *"...İdare Mahkemesi ile Sulh Hukuk Mahkemesi kararları arasındaki çelişkinin hüküm uyuşmazlığı niteliğinde olduğu, tarafların süre sınırı olmaksızın hüküm uyuşmazlığına ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesine başvurabilmelerinin mümkün olduğu nitekim benzer konuda Yüksek Mahkemenin olayı bu kapsamda değerlendirerek hüküm uyuşmazlığını giderdiği anlaşılmış; bu yönüyle öngörülen yolun fiilen ve etkin bir şekilde kullanılabilirdiği sonucuna ulaşılmıştır."* Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/8173, Karar Tarihi: 14.4.2016.

Bu nedenle de uyuşmazlığın çözümü için yapılacak başvuru olağan kanun yolu olarak kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi de bu düşünceye uygun olarak hüküm uyuşmazlığına başvuruyu fiilen ve etkin olarak kullanılan bir başvuru yolu olarak kabul etmiş ve bu yola başvurulmadan kendisine başvuru yapılmasına müsaade etmemiştir. Aslında bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin somut ve soyut norm denetimleri sırasında "görev" konusuyla ilgili verdiği kararlarıyla da uyumludur. Zira bu kararlarında Mahkeme, UM'nin görev alına giren konularda son karar mercii olduğunu ve kararlarının kesin olması nedeniyle ilgili mahkemelerin verilen kararlara uymaları gerektiğini belirtmek suretiyle UM'nin etkili bir çözüm sunduğunu hükme bağlamıştır¹⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi çalışmaya konu kararında da UM'nin etkili bir çözüm ortaya koyduğuna temas ederek, aslında yargı ayrılığı sistemini güçlendirici bir yorumda bulunmuş ve bu sistemin bir neticesi olarak ortaya çıkan hüküm uyuşmazlığının varlığı halinde UM'ne başvurulması gerektiğini belirtmek suretiyle de bu sistemin devamına verdiği önemi göstermiştir.

Varlık sebeplerine bakıldığında bireysel başvuru yolu ile hüküm uyuşmazlığının benzer nitelikte oldukları görülecektir. Zira bireysel başvurunun amacı, kamu gücü kullanılarak hakları ihlâl edilen kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi, hüküm uyuşmazlığının amacı da çelişkili kararlar nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin önündeki engellerin

¹⁵⁵ "...Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği kararlar, niteliği itibariyle görüş bildiren değil, sorunu kesin olarak çözümleyen yargısal tasarruflardır. Bu nedenle, görevli mercii belirlenmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvuru, 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesine göre yapılmış olsa da sorunun çözümüne ilişkin yüksek Mahkemenin verdiği karara uyması, yukarıda açıklanan nedenlerle ilgili mahkeme yönünden anayasal bir zorunluluktur. Konya I. İdare Mahkemesi ise Uyuşmazlık Mahkemesinin adli yargının görevli olduğu yolundaki kesin olarak verilen kararından sonra itiraz konusu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Oysa anılan Mahkemenin dosya üzerindeki yargısal tasarruf hakkı, Uyuşmazlık Mahkemesinin karar tarihi itibarıyla son bulunduğundan, Mahkemenin dosyayı görevli mahkemeye göndermesi dışında yetkisinin bulunmadığı açıktır. Bu nedenle başvuran mahkemenin elinde Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi anlamında görevine giren ve bakmakta olduğu bir dava bulunmadığından, itiraz başvurusunun başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir." Anayasa Mahkemesi'nin 06.3.2008 K.T., 2004/93 E., 2008/73 K. sayılı kararı.

kaldırılmasıdır. Bireysel başvuru şartlarından birisi, kanunlarda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesidir. Hüküm uyuşmazlığı, verildiği anda kesin olan bir mahkeme kararıyla kişilerin haklarına kavuşmasını sağlayan yoldur ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda öncelikle bu yola başvurulması gerektiğine ilişkin kararı da son derece isabetlidir. Aksi durumun kabulü, etkili bir başvuru yolu olan hüküm uyuşmazlığının görmezden gelinerek, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini UM'nin yerine koyması anlamına gelir.

Kararla ilgili isabetli olmadığını düşündüğümüz husus ise Anayasa Mahkemesi'nin idare mahkemesi ile sulh hukuk mahkemesi kararı arasındaki çelişkinin *“hüküm uyuşmazlığı niteliğinde olduğu”* na ilişkin tespitidir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında bu kadar kesin ve net bir olguya yer vermemesi ve *“hüküm uyuşmazlığı niteliğinde olabileceği”* şeklinde tespitte bulunup, bu konudaki kararı UM'ne bırakması daha isabetli olurdu. Zira bu karardan sonra UM'ne hüküm uyuşmazlığının çözümü için yapılan başvuruda UM'nin söz konusu mahkeme kararları arasında hüküm uyuşmazlığı bulunmadığına karar vermesi durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin *“olduğu”* na işaret ettiği bir hususla ilgili UM'nin *“olmadığına”* ilişkin kararı ayrı bir çelişkiye neden olacak ve yerel mahkeme kararları arasındaki çelişkidten dolayı Anayasa Mahkemesi ve sonrasında UM'ne müracaat eden başvuru bu kez de iki Yüksek Mahkeme tarafından verilen çelişkili kararlarla karşılaşacaktır.

Ayrıca, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki Anayasa Mahkemesi kararlarının herkesi bağlayıcı olduğuna ilişkin hükmü karşısında UM Anayasa Mahkemesi'nden farklı olarak hüküm uyuşmazlığı bulunmadığına karar verebilecek midir? Bize göre, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası hükmünün sadece *“olduğu”* kelimesi açısından değerlendirilmemesi ve değerlendirmenin kararın sonucu itibarıyla yapılması gerekir. Kaldı ki; Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında *“olduğu”* kelimesine yer vermesindeki amacı, kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı bulunduğunu tespitten çok, hüküm uyuşmazlığının çözümü için UM'ne başvurunun tüketilmesi gereken bir yol olduğunu belirtmektir. Kararda, UM tarafından verilmiş başka bir hüküm uyuşmazlığı kararına atıf yapılması da bunun bir göstergesidir.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, UM HB'nün 13.10.2014 K.T., 2013/1607 E., 2014/887 K. sayılı kararına atıf yapmıştır.

Aynı şekilde daha önce verdiği kararlarında yargı ayrılığı rejiminin varlığına ve önemine değinen, UM'nin de bu sistemin bir neticesi olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi'nin¹⁵⁷, önceki kararlarından ayrılarak UM yerine geçerek karar verdiğini, kararda yer verilen “olduğu” ifadesinin UM'ni bağladığını ve UM'nin bu konuda yapılacak başvuruda hüküm uyuşmazlığı bulunduğuna karar vermek zorunda olduğunu söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü Anayasa ve yasalarda yüksek mahkemelerde dâhil bütün mahkemelerin görevleri bellidir ve yargı sistemimizde hüküm uyuşmazlıklarını çözme görevi UM'ne verilmiştir. Bu görevin içine kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı bulunup bulunmadığını tespit de girer ve bu tespitin UM dışında başka bir mahkeme tarafından yapılması mümkün değildir.

Yukarıda yer verilen açıklamalardan hareketle; Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verdiği “olduğu” kelimesiyle amacın aşıldığı söylenebilirse de, kelimenin “olabileceği” şeklinde yorumlanması, UM'nin kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı bulunmadığına da karar verebileceği ve verilen karardan tatmin olmayan başvurucunun bireysel başvuru yoluna müracaat edebileceği en isabetli yorum olacaktır. Belirtilen husus dışında verilen karar son derece yerindedir ve kararda başvuru yollarının örnekleriyle gösterilip, başvurucuların öncelikle bu yollara yönlendirilmesi ve mevzuatımızda yer verilen başvuru yollarına işlerlik kazandırılması doğru bir yaklaşımdır.

Sonuç

Bir ülkede yargı ayrılığı sisteminin geçerli olduğunun en önemli göstergelerinden birisi, diğer mahkemelerden bağımsız olarak faaliyet gösteren bir UM'nin varlığıdır. Ülkemizde de yargı ayrılığı sisteminin bir neticesi olarak Fransa ve Cezayir'de olduğu gibi UM diğer mahkemelerden ayrı ve bağımsız bir yüksek mahkeme olarak faaliyet göstermektedir. UM görev alanı itibariyle farklı yargı kolları arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözmektedir. Görev uyuşmazlıklarını çözmek suretiyle görevli yargı merciini belirleyip,

¹⁵⁷ “...Anayasa'nın “Uyuşmazlık Mahkemesi” başlıklı 158. maddesinde adli idari ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmekle yetkili kılman Uyuşmazlık Mahkemesinin varlığı daha önce kabul edilen yargı ayrılığı sistemini doğrulayan somut örgütlenme biçimleridir. Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.1989 K.T., 1988/32 E., 1989/10 K. sayılı kararı.

yargılamanın görevli mahkemede başlamasını sağlamakta, hüküm uyuşmazlığını çözmek suretiyle de kişilerin askıda kalan haklarına kavuşmalarını sağlayarak hukuk devleti ilkesinin varlığını pekiştirmektedir. Mahkeme hüküm uyuşmazlıklarını çözerken diğer hiçbir mahkemeye verilmemiş olağanüstü yetkileri kullanmakta ve şartların varlığı halinde kesinleşmiş yargı kararlarını kaldırıp dosyanın esası hakkında karar verebilmektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan Anayasa Mahkemesi kararında da¹⁵⁸, UM'nin uyuşmazlıkları çözerken etkili bir çözüm ortaya koyduğu Anayasa Mahkemesi tarafından tescillenmiş ve hüküm uyuşmazlığı şartlarının bulunduğu durumlarda bireysel başvurunun kabulü için ilk önce ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünün UM'den istenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Karar, bu yönüyle yargı ayrılığı sistemine verilen önemin bir göstergesidir. Kararla ilgili eleştirilebilecek tek husus, başvuruya konu mahkeme kararları arasındaki çelişkinin hüküm uyuşmazlığı “olduğu” na ilişkin kesin hüküm içeren ifadesidir. Ancak kararda yer verilen ifadeyle başvurunun öncelikle UM'ne yapılması hususunda yol gösterildiği ve hüküm uyuşmazlığının varlığı konusunda UM'ni bağlayıcı bir yönünün bulunmadığı düşünülmektedir. Belirtilen husus dışında verilen karar, AHİM'nin kararlar arasındaki içtihat uyumunu sağlayacak mekanizmaların oluşturulmasına ilişkin önerisinin en somut örneği olan UM'nin, yargı sistemindeki varlığını pekiştiren ve UM'ne yapılacak başvuruların, Anayasa Mahkemesi açısından etkin ve sonuç almaya yönelik olduğunu gösteren isabetli bir karardır.

Kaynakça

- ANIL, Ayten, “Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluşu ve İşleyişi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 47/1-2, Ankara, 1992, (Sayfa 45-50).
- ATASOY, Hakan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Bireysel Başvuru No: 2013/8173, Karar Tarihi: 14.4.2016.

- BARUTOĞLU, Tulez, “Uyuşmazlık Mahkemesine Başvuru Yolları”, **Adalet Dergisi**, S. 3, Ankara, 1986, (Sayfa 119-167).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, (“*Yargılama*”).
- DİNÇ, M. İlhan, “Hüküm Uyuşmazlıkları ve Çözümü”, **Danıştay Dergisi**, S. 70-71, Ankara, 1988, (Sayfa 5-32).
- DURAN, Lütfi, **Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatlarına Göre Vazife ve Hüküm İhtilafları**, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1950.
- DUYSAK FİDAN, Seda, **Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu ve Türkiye’de Gelişimi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.
- EFE, Metin, **Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa, **Sorularla Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- EKİNCİ, Hüseyin “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, **Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (Editör: Musa SAĞLAM), Şen Matbaa, Ankara, 2013, (“*Kriterler*”), (Sayfa 109-161).
- EKİNCİ, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Sorunu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 3, S. 11, Ankara, 2012, (Sayfa 1-21).
- ER, Selami, “Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı”, **İnsan Onuru İçin Anayasa Mahkemesinde 25 Yıl, Haşim KILIÇ’a Armağan**, (Editörler: Ali Rıza ÇOBAN/Serdar GÜLENER/Musa SAĞLAM/Hüseyin EKİNCİ), C. 2, Ankara, 2015, (Sayfa 1427-1485).
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku**, C. 2, 5. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.

- GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, Ankara, 2011, (Sayfa 13-40).
- Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (Editör: Musa SAĞLAM/Hasan Tuna GÖKSU), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir Demir Yayıncılık, C. 1, İstanbul, 2001.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZBEY, Özcan, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı**, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, (“*Bireysel Başvuru*”).
- ÖZBEY, Özcan, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Kabul Edilmezlik Nedenleri”, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, (Editör: Sevtap YOKUŞ), Seçkin Yayıncılık, Ocak 2014, Ankara, (“*Anayasa Şikâyeti*”), (Sayfa 185-227).
- RESULOĞLU, Mustafa, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Görev ile Hüküm Uyuşmazlıkları**, TODAİE, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 1988.
- SAĞLAM, Musa/EKİNCİ, Hüseyin, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Şen Matbaası, Ankara, 2012.
- ŞEN, Murat, “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (Editörler: Hüseyin TURAN/Recep KAPLAN), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, (Sayfa 85-146).
- TERCAN, Erdal, “Hüküm Uyuşmazlığında Uyuşmazlık Mahkemesince Esas Hakkında Yeni Bir Karar Verilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı**, S. 5, Ankara, 2015, (“*Esas Hakkında*”), (Sayfa 783-825).
- TERCAN, Erdal, **Farklı Yargı Kollarına Mensup Mahkemeler Arasındaki Hüküm Uyuşmazlığı**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

- TÜRMEŒ, Rıza, “İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, No: 8, İstanbul, 1999, (Sayfa 775-792).
- ÜNAL, Recep, **Bireysel Başvuru Çerçevesinde İfade Özgürlüğü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kırıkkale, 2014.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- YEŞİL, Ufuk, **Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016.
- YİĞİT, Birgül, “Oluşumu, Görev Alanı ve Başvuru Yolları ile Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Temel Yapısına Genel Bir Bakış”, **Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluşunun 70. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, (Editör: Ufuk YEŞİL), Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, (Sayfa 197-238).

