



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

Cilt : 4 – Sayı : 2
Temmuz – Aralık 2013

Vol. : 4 – No : 2
July – December 2013

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 : hukuk@inonu.edu.tr

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

<i>İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>	<i>Journal of the Faculty of Law of İnönü University</i>
<i>Sahibi</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	<i>Owner</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
<i>Sorumlu Yazı İşleri Müdürü</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	<i>Responsible Chief Editor</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
<i>Editörler</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	<i>Editors</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Assist.Prof.Dr.Hayri KESER
<i>Yayın Kurulu</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Doç. Dr. Haluk EMİROĞLU Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	<i>Editorial Board</i> Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK Prof. Dr. Hakan KARAN Assoc.Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU Assist.Prof.Dr.Hayri KESER

ISSN: 2146-1082

**İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi Yılda 2 Sayı Olarak
Yayımlanan ve ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)
Ulusal Hukuk Veri Tabanında 2010 Yılından İtibaren Taranmakta
Olan Hakemli Dergidir.**

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülteyi
bağlamaz

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. A.Mehmet KOCAOĞLU	Kocaoğlu Avukatlık Bürosu
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Ankara 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	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan KARAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa AKAY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi 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. Zariye ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Mehmet ÖZDAMAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Haluk EMİROĞLU	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Murat ATALI	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Süleyman BAŞTERZİ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Tamer BUDAK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZTÜRK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Hamdi PINAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Hayri KESER	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İsmail ERBAY	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. M.Ayhan TEKİNSOY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. N. Kağan KOCAOĞLU	Kocaoğlu Avukatlık Bürosu

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, yayın 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 usûl 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.

İÇİNDEKİLER

Doç. Dr. Özlem Söğütü ERIŞGİN Roma Toplumunda Kadının Konumu	1 - 32
Doç. Dr. Rauf KARASU 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yeniklikler	33 - 60
Doç. Dr. Rauf KARASU Acentenin Ücreti ile İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	61 - 74
Doç. Dr. Tamer BUDAK – Dr. Selami ER Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacağına İlişkin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi	75 - 104
Yrd. Doç. Dr. Hayri KESER – Av. Ayhan AKOĞLU Türkiye’de Belediye Meclisi Kararlarının Yargısal Denetimi	105-140
Yrd. Doç. Dr. Hüseyin YILDIZ Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Taslağının İnsan ve Devlet Kavramına Temel Yaklaşımı	141-162
Dr. Dilşat YILMAZ İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı? Uzlaşma mı?	163-180
Dr. Umut AKDENİZ Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma İşini Üzerine Alınması ve Bunun Hukuki Sonuçları	181-204
Öğr. Gör. Elif ÇELİK Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?	205-240
Arş. Grv. Mehmet AKÇAAL – Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme	241-276
Arş. Grv. Selman Sacit BOZ Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli	277-332
Arş. Grv. Mehmet Fatih GÜRKAN Düzenleyici ve Denetleyici Olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)	333-356
Aydın TURHAN İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi	357-378

CONTENTS

Assoc. Prof. Dr. Özlem Söğütli ERİŞGİN The Status of The Women in The Roman Society	1 - 32
Assoc. Prof. Dr. Rauf KARASU The New Instruments of The Commercial Code No: 6102 With Regard to Corporate Governance, For The Public Limited Companies	33 - 60
Assoc. Prof. Dr. Rauf KARASU The Right of Agency to Get Information and to Inspect With Regard to Comission	61 - 74
Assoc. Prof. Dr. Tamer BUDAK – Dr. Selami ER An Evaluation of Responsibility of The Shareholders of Limited Company Related To The Public Claims	75 -104
Assist. Prof. Dr. Hayri KESER – Jur. Ayhan AKOĞLU Judicial Review of Municipal Council Decisions in Turkey	105-140
Assist. Prof. Dr. Hüseyin YILDIZ Approach of The Turgut Özal University Faculty of Law Draft Constitution Toward The Concepts of Individual State	141-162
Dr. Dilşat YILMAZ Competition or Compromise Between Administrative Law and Private Law?	163-180
Dr. Umut AKDENİZ Freight Forwarder’s Undertaking The Transportation and Its Legal Consequences	181-204
Teaching Assist. Elif ÇELİK Where in Freedom of Expression is Hate Speech?.....	205-240
Research Assist. Mehmet AKÇAAL – Assist. Prof. Dr. Alper UYUMAZ An Analysis Related to the Some Legal Provisions (Art. 1-16) of the Tle Law on The Protection of Consumers No 6502	241-276
Research Assist. Selman Sacit BOZ Public Private Sector Cooperation (PPP) Model	277-332
Research Assist. Mehmet Fatih GÜRKAN Department of Information Technology and Communications as a Regulatory and Spermisory Authority	333-356
Aydın TURHAN Relationship of Complement Arity Between the Generations of Human Rights.....	357-378

ROMA TOPLUMUNDA KADININ KONUMU

*Doç. Dr. Özlem Söğütü Erişgin**

Özet:

Roma hukukunda evlilik şekle bağlı olmayan bir anlaşma ile akdedilirdi. Bununla birlikte evlenme, borçlar hukuku sisteminde yer alan bir rızai sözleşme değildi. ‘Monogami ilkesi’ Roma hukukunun her döneminde katı bir biçimde muhafaza edilmişti. Geleneksel Roma evliliğinde kadın *manus* altındaydı. Kadın *manus*’lu evlilik yaptığında, hak ehliyetini ve malvarlığını kaybederdi. *Manus* altında bulunan kadının kocası, onun üzerinde hukuken egemenlik hakkına sahipti. Kadın kamusal yaşamda görev alamazdı. Kadının konumu İmparatorluk Döneminde sorgulanmaya başlamış ve bu dönemde kadın önemli ölçüde hukuksal bağımsızlık kazanmıştı. *Iustinianus*’un *Corpus Iuris*’inde evliliğin insancıl hukuk ilkeleri muhafaza edildi.

Anahtar Kelimeler: Roma ailesinde kadın, Monogami ilkesi, Manus’lu evlenme, Kamusal yaşamda kadın, Roma İmparatorluğunda kadın,

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

THE STATUS OF THE WOMEN IN THE ROMAN SOCIETY

Abstract

In Roman law, marriage is bounded by an informal agreement. However, marriage is not a consensual contract. The principle of monogamy was strictly maintained by every period of Roman laws. Under the traditional Roman marriage, the woman was *in manu maritii*. When the wife was *in manu maritii*, she would lose the right of having any property of her own. Where the wife was *in manu*, the husband has legal power over her. The woman could not serve in public life. The status of the woman began to be questioned in the Imperial period and during this period, women have gained significant legal independence. In *Justinianus' Corpus Iuris*, the principles of the humanistic law of marriage were maintained.

Keywords : The women in the Roman family, The principle of monogamy, In manu maritii, The women in the public life, The women in the Roman Empire,

1. Roma Ailesinde Kadın

a. Hukukî Konumu

Başlangıçta bir tarım toplumu olan Roma'da, Romalılar çiftçilik yaparak geçimlerini sağlamışlardı. Çiftçilik, ekonomik ve toplumsal olduğu kadar, hukuksal bakış açısının da temellerini oluşturmuştur. Çünkü, atalardan geldiğine inanılan tarımsal yaşama ilişkin gelenekler, Roma hukuk hayatında uzun bir süre varlığını sürdürmüştür¹. Çiftçilik yaşamının bir gereği olarak, ailenin belli bir toprak üzerinde ve aynı evde oturması; emeklerini aile toprağına hasretmeleri zorunluluğı, Roma ailesinin bütün üyelerinin *pater familias* olarak adlandırılan aile babasının egemenliğı altında yaşaması sonucunu doğurmuştur².

¹ Kaser, M.: Das Römische Privatrecht (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht), 1. Absch., 2. Aufl., München 1971, s. 19 ve 22.

² Üskül Engin, Z. Ö./Karaman, B.: "Roma İmparatorluğu ve Hukukunda Ailenin Toplumsal Temelleri", GalatasarayÜHFD (2006), C. 1, s. 262; Levy-Bruhl, H. (Çev. Hüseyin Nail): "Eski

Roma ailesi (*Ius Civile* ailesi), aynı baba egemenliği altında bulunma gibi hukukî bir esasa dayandığı için, evli kadının kocasının ailesine dâhil olabilmesi, sadece onun üzerinde *manus*'un kurulmasıyla sağlanabiliyordu. Evlenen kadının kocasının egemenliği altına girmesini sağlayan işlem, *conventio in manum*³ olarak adlandırılmaktadır. Bu işlemin yapılması sonucunda, evlenen kadın üzerinde kocası, eğer koca *patria potestas* altındaysa, onun *pater familias*'ı egemenlik hakkını elde ederdi ve bu egemenlik *manus* olarak adlandırılıyordu⁴.

Üzerinde *manus* kurulan evli kadının; kendi ailesiyle olan *agnatio* akrabalığı, akrabalarına karşı olan hak ve yükümlülükleri sona erer ve kadın, bütün hukukî sonuçlarıyla kocasının ailesine katılırdı⁵.

Evlenen kadının iki aileye birden dâhil olamaması, tek bir aileye dâhil olması zorunluluğunun nedenlerinden birini de Roma'nın dini oluşturuyordu. Her ailenin kendine ait bir dini ve ibadet usulleri bulunmaktaydı. Kadın, birbirinden bağımsız iki dine birden bağlı kalamazdı. Kadın ya kendi atalarının dinine bağlı kalır ve ailesinden

Roma Aile Hukukunda İki Cereyan", İÜHF 1940, C. 6, Sa. 1, s. 147; Ayiter, K.: Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 1963, s. 42-45.

³ Oniki Levha Kanunu'nda düzenlenen ve kadın üzerinde *manus*'u kuran üç farklı hukuksal işlem bulunmaktadır. *Usus*, bir yıl süreyle kocasının evinde kalan kadının kocasının veya onun *pater familias*'ının egemenliği altına girmesini sağlayan *manus* usulüydü. Bu usul klasik hukuk döneminde ortadan kalktı. *Coemptio*, evlenen kadını kocasının egemenliği altına sokan şekle bağlı işlemlerden birisidir. Bu işlemde, *pater familias* kızını sembolik bir bedel karşılığında, hayali bir satım sözleşmesi ile müstakbel kocasına satar ve *mancipatio* ile mülkiyetini naklederdi. *Confarreatio* da evlenen kadını kocasının egemenliği altına sokan şekle bağlı işlemlerden birisidir. Bu işlem, on tanığın huzurunda, *Jüppiter*'e adanmış olan bulgur çörebeginin, *Jüppiter* rahibi tarafından yönetilen dinsel bir törenle ve belirli sözler söyleyerek eşler arasında paylaşılması suretiyle gerçekleştirilmekte idi [*Pugliese, G. (Çev. Ziya Umur): "Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış", İÜHF 1956, C. 22, Sa. 1-4, s. 344-345; Rado-Basman, T.: "Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri", İÜHF 1942, C. 8, Sa. 3-4, s. 539-541; Waldstein, W./Rainer, M. J.: Römische Rechtsgeschichte, 10. neu bearbeitete Aufl., München 2005, s. 49; Kaser, RPR I, s. 76-81].*

⁴ *Mayer-Maly, T.: Römisches Recht, zweite, erweiterte Aufl., Wien-New York 1999, s. 47-48.*

⁵ *Jörs, P./Kunkel, W./Wenger, L. (neu bearb. Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.): Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1987, s. 396-397; Oğuzoğlu, C.: Roma Hukuku, Ankara 1959, s. 88-89.*

çıkamaz, ya da bu din ile bağıını keser ve kocasının dinini ve ibadetini benimserdi⁶.

Kocasının egemenliği altına giren kadının malı ve şahsı kocasına ait olurdu. Çünkü, egemenlik altına girmekle birlikte kadın, eğer varsa, hak ehliyetini kaybederdi. Dolayısıyla, *manus* altına girme ile hak ehliyetini kaybeden kadının, kocasından ayrı bir malvarlığına sahip olması söz konusu olamazdı. Ancak, kadının *manus*'un sona ermesi halinde malvarlığını istemeye yönelik bir talep hakkı varlığını sürdürürdü⁷.

Egemenlik altına girmesi ile birlikte, kadın üzerindeki baba egemenliği, eğer vesayet altında ise, vasinin vesayeti sona ererdi⁸. Üzerinde *manus* kurulan evli kadın, *pater familias*'ın karısı ise saygı gereği *mater familias* olarak adlandırılırdı⁹. *Mater familias*, hukukî bir kavram, bir statü değil; sadece bir onur ifadesiydi (*uxor in manu pater familias*). Çünkü, *mater familias* da hukukî bakımdan *pater familias*'ın kızı statüsündeydi ve kendi çocuklarıyla eşit konumdaydı¹⁰. Bununla birlikte, çocuklarını satma hakkına sahip olan *pater familias* karısını satamazdı. Böyle bir satışın yapılması durumunda koca, dinsel hukuk gereğince tanrılara kurban edilirdi¹¹.

Eğer kadının kocası, *patria potestas* altındaysa, bu durumda ailenin kızı (*filia familia*) ve kocasının bir tür kız kardeşi olarak kabul edilirdi¹². Çünkü Roma'da geçerli olan "*familiae suae caput et finis*" (kadın, ailenin

⁶ Oğuzoğlu, s. 88; Rado-Basman, s. 533.

⁷ Emiroğlu, H.: "Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde Mal Rejimi", AÜHFD (2001), C. 50, Sa. 3, s. 176; Kaser, M./Knütel, R.: Römisches Privatrecht, 18. Aufl, München 2005, s. 293; Rado-Basman, s. 534.

⁸ Jhering, R. (Çev. Esat Arsebük): "Roma Hukukunun Tekâmül Tarihi", Adliye Ceridesi (1935), s. 237.

⁹ Ceylan, Güneş S.: Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 46.

¹⁰ Kaser/Knütel, s. 84 ve s. 284.

¹¹ Kaser, M.: "Der Inhalt der patria potestas", SZ 58 (1938), s. 70-71.

¹² Mayer-Maly, s. 47; ayrıca bkz. Gai. Ins. 1.111.

başı, fakat aynı zamanda sonudur) kuralı gereğince kadınlar aracılığıyla aile sürdürülemez ve kadınlar *pater familias* olamazlardı¹³.

Evliliğin geçerli olması için, kadının mutlaka kocasının egemenliği altına girmesi gerekmezdi. Bu bağlamda, evlenme, kadının kocasının egemenliği altına girmesini sağlayan ve *conventio in manum* olarak adlandırılan işlemten farklıdır ve evlenme için herhangi hukukî şekle gerek olmadığı gibi, evliliğin geçerli olup olmadığı yönlü kamusal bir denetim de söz konusu değildi¹⁴. *Manus*, doğrudan evlenme kurumu ile ilgili olmayıp, kadının, özellikle de kadının malvarlığının kocasının ailesine dâhil olmasını sağlayan, günümüz deyimiyile mal rejimini düzenleyen bir hukukî işlemi¹⁵.

Kadın *conventio in manum* yapmadan evlenmiş ve *sui iuris* ise, evlilik birliği içerisinde mal ayrılığı rejimi geçerli olurdu. Bu rejim, her eşin malının kendisine ait olması, diğer bir ifadeyle eşlerden her birinin kendi malları üzerinde mülkiyet, yönetim ve yararlanma haklarına sahip bulunması esasına dayanıyordu¹⁶. Kadın kendi mallarının sahibidir. Bu mallar, kadının evlenirken sahip olduğu mallar, evlilik sırasında bağış veya miras yoluyla edindiği mallar ve evlendikten sonra edindiği mallardan oluşurdu. Bu durumda kadın malvarlığını isterse kendisi yönetebilir; isterse üçüncü kişiyi ya da kocasını temsilci olarak belirleyebilirdi¹⁷. Eğer malları koca yönetiyorsa yönetimi sırasında yapmış olduklarından dolayı hesap verme yükümlülüğü altındadır. Evliliğin sona ermesi durumunda koca bu malları kadına geri vermekle yükümlüydü¹⁸.

¹³ Kaser/Knütel, s. 83; Berki, Ş.: “Romada Aile Hukuku”, AÜHFHD (1957), C. 14, Sa. 1-4, s. 112.

¹⁴ Kaser, RPR I, s. 71, s. 322; ayrıca bkz. Gai. Ins. 2.139.

¹⁵ Ayiter, s. 6; Koschaker, P. (*Yen. eld. geç. Ayiter, K.*): Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. bası, Ankara 1983, s. 302; Rado-Basman, s. 536; Emiroğlu, AÜHFHD (2001), s. 176.

¹⁶ Kaser, RPR I, s. 329.

¹⁷ Honsell, H.: Römisches Recht, 6. Aufl., Zürich 2005, s. 189; Emiroğlu, AÜHFHD (2001), s. 175 ve 178; Oğuzoğlu, s. 91.

¹⁸ Gaudemet, J. (*Çev. Bülent Tahiroğlu*): “Roma İmparatorluğunda Kadının Hukukî Durumu”, MHAD (1972), C. 6, Sa. 9, s. 227.

Iustinianus Dönemi'nde evlilik birliği içinde değerlendirilen malların (birlik malları) mülkiyetinde “*ayrılık*”, fakat mallardan yararlanma ve yönetim bakımından “*birlik*” kuralı geçerli oldu. Birlik malları, eşlerin evlenmeden önceki malları ile evlilik süresince kazanmış oldukları mallardan oluşurdu. Ancak, karı-kocanın şahsi malları, birlik malları içinde değerlendirilmezdi¹⁹.

Roma'da kadın, evlenirken *dos*²⁰ adı verilen bir malvarlığı değerini kocasına veya kocasının ailesine vermek durumundaydı. Roma'da evin bütün masrafları kocaya aitti. Kadının bu masraflara katılması gerekmezdi. Bununla birlikte, kocanın masrafları tek başına ve kendi malvarlığından karşılaması hakkaniyete aykırı görüldüğü için, kadın, masraflara katılma payını *dos* adı altında öderdi²¹. Klasik hukuk dönemi hukukçuları *dos*'u, evlilik birliğine ait harcamalara kadının katılmasını sağlama; evliliğin yüklerini taşıyan (*onera matrimonii*) kocaya kadının yardımı amacına hizmet eden bir malvarlığı değeri olarak tanımlamaktadırlar²². Bu değer, kadının babası ya da ailesi tarafından kadının kocasına verilir²³. Roma'nın ilk dönemlerinde *dos*'un verilmesi, hukukî değil, ahlakî bir yükümlülük niteliğinde iken; *Iustinianus* Dönemi'nde hukukî bir yükümlülük halini almış ve *dos* tesis etmeyen baba, *magistra*'lar tarafından *dos*'u vermeye zorlanabilmiştir²⁴. Kadın *conventio in manum* yaparak evlenmiş ve *dos* da vermişse, bu *dos* kocanın mülkiyetine geçerdi. Evlilik sona erdiğinde ise koca, kendi malvarlığı ile sınırlı olarak *dos*'u iade etmekle yükümlü tutulurdu²⁵.

Roma'nın eski dönemlerinden beri karı koca arasında bağış yasağı bulunuyordu. Karı ya da kocadan herhangi birinin diğer tarafa gösterdiği

¹⁹ Emiroğlu, AÜHFD (2001), s. 175.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaser, *RPR I*, s. 332-341; Ayiter, s. 17-39.

²¹ Ayiter, s. 15-16; Koschaker/Ayiter, s. 311, s. 316-322; Villey, M. (Çev. Bülent Tahiroğlu): Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul 1985, s. 74.

²² Bkz. D. 17.2.65.16 (Paul.); D. 10.2.20.2 (Ulp.).

²³ Mayer-Maly, s. 49; Kaser/Knütel, s. 294-295.

²⁴ Di Marzo, S. (Çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, 2. bası, İstanbul 1959, s. 203; Emiroğlu, AÜHFD (2001), s. 180; Emiroğlu, H.: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003, s. 94-95; ayrıca bkz. D. 23.2.19 (Marc.) ve CI. 5.11.7.2.

²⁵ Honsell, s. 189; Di Marzo (Çev. Umur), s. 206-207; Emiroğlu, AÜHFD (2001), s. 181-182.

duygusal zaaf nedeniyle mallarını kaybetme tehlikesinin önüne geçmek ve eşler arasındaki sevginin paraya dönüşmesini önlemek amacıyla bu yasak getirilmiştir. Mutat hediyeler bu yasağın kapsamının dışında kalmaktadır²⁶.

b. Fiilî Konumu

Roma hukukuna göre, kocasının egemenliği altına giren kadın, hak ve fiil ehliyetini kaybederdi. Ancak, aile ve toplumsal yaşamda durum farklıydı. Kadın eve kapatılmış bir konumda değildi ve kocası ile birlikte eğlencelere, toplantılara, gösterilere katılabilirdi²⁷. Kadınlar kocalarıyla birlikte yemek yiyebilir; kadın ve erkeklerin bir arada bulunduğu yemekli toplantılara ev sahibesi olarak başkanlık edebilirlerdi²⁸. Kadın, evde serbest olduğu gibi, sokakta da serbestti. Romalı bir kadın halka açık alanlarda dolaşabilir, tiyatroya, arenaya, hamama gidebilirdi. İstedığı zaman sokağa çıkma hakkına sahip olan kadına, sokaktaki erkekler yol vermek zorundaydı ve hiç kimse ona dokunamazdı²⁹.

Kocadan sonra ailedeki en önemli şahsiyet anne idi. Kadın kocasının yüklerini, daha genel bir ifadeyle, hayatını paylaşırdı. Kadın (anne) kocası ile beraber, hemen hemen aynı yetkilere sahip olarak, evin yönetimine katılırdı. Ev işlerinin yöneticisi kadındı. Ev halkının beslenmesi için gerekli olanları belirlemek, köleleri denetlemek, malları kaydetmek, sürgüleri kontrol etmek, yün işleriyle uğraşmak kadının ev içerisinde üstlendiği yükümlülüklerden bazılarına örnek olarak verilebilir³⁰.

²⁶ Ceylan, Güneş S.: Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2008, s. 101-105.

²⁷ Paribeni, R. (Çev. Şemseddin Talip): "Roma Hukukunda Aile Kurumu", İÜHFİM (1935), s. 236; Gaudemet (Çev. Tahiroğlu), s. 211; Şemseddin Talip: "Roma Tedkikleri I, Eski Roma'da Hususî Hayat: Aile Terbiyesi, Mektepler", Capitolium (1934), C. 1, Sa. 2, s. 135.

²⁸ Freeman, C. (Çev. Suat Kemal Angı): Mısır, Yunan ve Roma, Antik Akdeniz Uygarlıkları, Ankara 2003, s. 438-349.

²⁹ Couch, A. J. (Çev. İpek Sevda Söğüt): "Roma'nın Eski Hukuk Dönemi'nde Kadın", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, C. II, s. 1503; Paribeni (Çev. Şemseddin Talip), İÜHFİM, s. 236-237.

³⁰ Couch (Çev. Söğüt), s. 1503-1504; Paribeni (Çev. Şemseddin Talip), İÜHFİM, s. 236; Gaudemet (Çev. Tahiroğlu), s. 229.

Kadının ailedeki eşit ve kimi zamanda üstün konumunu şair *Iuvenalius*, şu sözlerle hicvetmektedir³¹:

“*Hoc volo, sic iubeo, pro ratione voluntas. Imperat ergo viro...*”

“Bunu istiyorum, böyle emrediyorum. Sebep mi? İsteğim!
Kocasının evinde kraliçedir...”

Çocukların eğitimi anne ve baba tarafından birlikte üstlenilirdi³². Baba ve annenin başlıca gayeleri, aileyi, ailenin dinini ve aile ocağını³³ devam ettirecek, bedenen sağlıklı ve manevî yönden sağlam çocuklar yetiştirmektir. Çocuklara öncelikle ahlâklı olmak öğretilirdi. Haklarının ne olduğunu öğretebilmek amacıyla, Oniki Levha Kanunu ezberletilirdi³⁴.

Romalılar, namus (*fides*), iktisat, ileriye görüş, sabır, kararlılık (*constantia*), çalışkanlık (*industria*), dayanıklılık (*virtus*), cesaret, kendine güven, basit yaşam tarzı (*frugalitas*), kendinden büyüklere saygı (*pious*), dine karşı derin bir hürmet, aileye ve devlete karşı itaat, sağlam ahlâk, yanılmaz bir adalet ruhu gibi erdemlere³⁵ sahiptiler ve bu erdemler, ciddi ve ağırbaşlı olan Roma kadını tarafından çocuklara öğretilirdi.

Bir kadına “*eski biçim hayat sürüyor, yani eskileri, gelenekleri takip ediyor (antiqui moris)*” denilmesi, bir övgü idi. Çünkü, Romalılar, yeniyi benimsemekle birlikte, geçmişle olan bağlarını da koparmak istemeyen bir süreklilik duygusuna sahiptiler. Onlara göre, geçmişin değerleri korunduğu durumda ancak geleceğe güvenle bakılabilirdi³⁶. Bu

³¹ *Gaudemet (Çev. Tahiroğlu)*, s. 217.

³² *Gönenç, F. İ.*: Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s. 54; *Şemseddin Talip*, s. 135.

³³ Roma ailesini *Lar familiaris* olarak adlandırılan bir tanrının koruduğuna inanılırdı. Bu tanrı, aile ocağının başında her akşam bir ayinle anılırdı. Bu nedenle de, her evde bulunan, çok eski bir ata tarafından tutuşturulduğuna inanılan, ahlakın ve ailenin koruyucusu olan aile ocağının hiç sönmemesi gerekirdi [*Couch (Çev. Söğüt)*, s. 1492; *Ayiter*, s. 46]. Bu ateşin sönmemesi ve aile üyelerinin ailece etrafında toplanması zorunluluğu, Roma ailesini göçebe kültürden uzaklaştırmış ve bir ikametgâh edinmesine önemli bir vesile olmuştur (*Selek, H.*: “Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi”, İzm.BD (1936), Sa. 1-2, s. 219-220).

³⁴ *Cicero, De legibus*, II.23; *Barrow, R. H. (Çev. Ender Gürol)*: Romalılar, İstanbul 2002, s. 21.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *von Lübtow, U.*: Das Römische Volk, Sein Staat, sein Recht, Frankfurt am Main 1955, s. 22-24; *Barrow, (Çev. Gürol)*, s. 11, s. 22-23; *Paribeni, R. (Çev. Şemseddin Talip)*: “Eski Roma'nın Dini ve Ahlâkı”, *Capitolium* (1934), C. 1, Sa. 1, s. 42.

³⁶ *Barrow (Çev. Gürol)*, s. 25.

bağlamda da, bu erdemlere sahip olan ve bunların öğreticisi olarak gördükleri kadının, Roma ailesinde özel bir yeri vardı³⁷.

Bu konu hakkında *Digesta*'da şu bilgiye rastlamaktayız:

D. 50.16.46.1 (Ulp.): “*matrem familias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores*”

D. 50.16.46.1 (Ulp.): “*Mater familias* ile yaşayışı dürüst olanı anlamalıyız. Çünkü, bir *mater familias*'ı diğer kadınlardan ayıran ahlakıdır. Kadının evli veya dul, azatlı veya özgür olması önemli değildir. Çünkü kadını, *mater familias* yapan ne evlenme ne de doğumdur, fakat iyi ahlakıdır”.

Evli kadın, kocasının egemenliği altına sokulmakla birlikte, evin sahibi (*mater familias*) olması hasebiyle, evde onurlu bir konuma sahipti. Romalı kadına gösterilen saygının içeriğini, anneliğe duyulan hürmet ve kadının sadakatine duyulan minnet duyguları oluşturmakta idi³⁸. *Censor Cato*, bu durumu, “*kendi eşini ve çocuğunu döven adam, en kutsal şeye el kaldırmış demektir*” sözleriyle ifade etmiştir³⁹.

Anneye saygı, aile hayatının birinci koşuludur⁴⁰. D. 27.10.4'de *Ulpianus*, bu durumu şu sözlerle açıklamaktadır:

D. 27.10.4 (Ulp.): “*...pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur.*”

D. 27.10.4 (Ulp.): “*...Evlat, otoriteleri eşit olmamakla birlikte, ebeveynine (anne ve babasına) eşit olarak saygı göstermekle yükümlüdür.*”

Anneye ve babaya el kaldırma, Eski Hukuk Dönemi'nde dinsel hukuk gereğince cezalandırılmış ve bu suçu işleyen evlat ev tanrılarına

³⁷ Gönenç, Roma'da Kadın, s. 57-58; *Paribeni* (Çev. Şemseddin Talip), İÜHF, s. 235-236.

³⁸ *Paripeni* (Çev. Şemseddin Talip), Capitolium, s. 44.

³⁹ *Barrow* (Çev. Gürol), s. 68.

⁴⁰ *Jhering* (Çev. Arsebük), s. 234-235.

kurban (*sacer*) edilmiştir⁴¹. Daha sonraki dönemlerde de evlâdın anneye ve/veya babaya vurması kamu suçu (*delicta publica*) olarak nitelendirilmiştir⁴².

Anneye duyulan saygının bir gereği olarak Roma’da her yıl, eski takvime göre yılın ilk günü olan 1 Mart’ta *Matrionalia*’lar Bayramı kutlanır ve böylece yeni yıla, nesli ve gelenekleri devam ettirecek olan annelerin kutlanması ile başlanırdı⁴³.

c. Evlenme

Roma’da evlenme, çok uzun bir süre hukukî bir kurum / hukukî bir ilişki olarak değil, sosyal bir olgu olarak değerlendirilmiş ve temel ilkelerini hukuktan değil, ahlaktan ve dinden almıştır⁴⁴. Roma düşüncesine göre, evlilik (*matrimonium*) bir hukukî işlem değil; evli çiftlerin her ikisinin birden evlenme iradesine (*affectio maritalis*) dayanan, sürekli bütün bir yaşam ortaklığıdır (*consortium omnis vitae*)⁴⁵. Bu irade (*affectio maritalis*), evlenme sırasında açıklanan irade değil, aksine yaşam boyu birlikte olmayı, monogamiyi, çocukların yetiştirilmesi amacı için ev ortaklığına dayanan bir yaşam ortaklığını sürdürmeyi hedefleyen bir iradedir⁴⁶. Bu iradenin hiçbir kamusal güç tarafından onaylanmasına gerek yoktu ve hiçbir simgesel davranış da zorunlu değildi⁴⁷.

Evlilik *Digesta*’da ve *Iustinianus*’un *Institutionesi*’nde şöyle tanımlanmaktadır:

D.23.2.1 (Modes.): “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”.

⁴¹ Kaser, SZ 58, s. 71.

⁴² Thomas, Y. (Çev. Ahmet Fethi): “Roma Hukukunda Cinsiyet Ayırımı”, in Kadınların Tarihi - Ana Tanrıçalardan Hristiyan Azizelere, C. 1, İstanbul 2005, s. 112; Gaudemet, (Çev. Tahiroğlu), s. 218.

⁴³ Paribeni (Çev. Şemseddin Talip), İÜHF, s. 237.

⁴⁴ Waldstein/Rainer, s. 48; Kaser, RPR I, s. 71, s. 310; Kaser/Knütel, s. 282-283; Mayer-Maly, s. 46.

⁴⁵ Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearb. Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 386-387; Waldstein/Rainer, s. 49; Honsell, s. 184; Kaser/Knütel, s. 282-283.

⁴⁶ Kaser, RPR I, s. 73.

⁴⁷ Ariès, P./Duby, G. (Çev. Turhan Ilgaz): Özel Hayatın Tarihi I, Roma İmparatorluğundan 1000 Yılına, İstanbul 2006, s. 47.

D.23.2.1 (Modes.): “Evlilik, erkek ve kadının dinî ve beşerî hukukta bütün bir yaşam ortaklığıdır”.

Ius. Ins. 1.9.1: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*”.

Ius. Ins. 1.9.1: “Evlilik, bölünmez bir yaşam ortaklığı içinde karı ve kocanın birleşmesidir”.

Günümüz Romanistleri, bu metindeki dinî hukuktan, kocasının egemenliği altına giren kadının o evin dinine (*cultus*'una) bağlanacağı; beşerî hukuktan ise kocasının sosyal statüsüne (*dignitas*'ına) katılacağı anlamının çıkarılması gerektiği görüşündedirler⁴⁸.

Roma'da, evliliğin kurulması için tarafların evlenme iradesine sahip olması (*consensus facit nuptias* = evlenmeyi iradelerin uyuşması meydana getirir), aynı sosyal statü içerisinde bulunma isteği, çocuk yetiştirme konusunda aynı iradeye sahip olması ve partnerlerin toplum içerisinde karı-koca olarak görülmeleri (*honor matrimonii*) yeterliydi⁴⁹.

Evlenmenin geçerli bir biçimde kurulması için⁵⁰ tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları (küçük ve akıl hastası olmaması), evlenme hakkına sahip olmaları⁵¹, taraflardan birinin köle olmaması, aralarında evlenmeyi engelleyecek yakın kan akrabalığının bulunmaması, tarafların

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi ve yazarlar için bkz. *Ayiter*, s. 7; *Koschaker/Ayiter*, s. 302; *Emiroğlu*, Kadının Durumu, s. 71; *Somer, P.*: “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları”, *MaltepeÜHFD* (2002), Sa. 2, s. 159.

⁴⁹ *Koschaker/Ayiter*, s. 303; *Rado-Basman*, s. 541.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Gönenç*, Roma'da Kadın, s. 89-106; *Ceylan-Güneş*, Evlenme, s. 59-79; *Somer*, s. 165-170; *Oğuzoğlu*, s. 97; *Koschaker/Ayiter*, s. 305-307; *Jörs/Kunkel/Wenger* (*neu bearb. Honsell/Mayer-Maly/Selb*), s. 388-390.

⁵¹ *Ius Civile*'den gelen ve evlenme hakkını ifade eden *ius conubii*'ye eski hukuk döneminde sadece Roma vatandaşları sahipti. Özgür ve Roma yurttaşı olan bir erkek, kendisi ile aynı özellikleri taşıyan bir kadınla evlenebilirdi. Romalı erkeğin Latin ya da yabancı (*peregrinus*) bir kadınla evlenebilmesi için özel izin gerekli idi (*Kaser*, RPR I, s. 312; *Berki, Ş.*: Roma Hukuku, Ankara 1949, s. 159). Bu yasağa verilebilecek en ilginç örnek, *Marcus Antonius* ile Mısır Kraliçesi *Kleopatra* arasındaki evliliktir. *Antonius*, Roma vatandaşı olmakla birlikte, evlendiği kadın, Romalı ile evlenme hakkı tanınmayan bir yabancı olduğu için, bu evlilikten doğan çocuklar Roma vatandaşı sayılmamışlardır. *Iustinianus* Dönemi'nde, köle olmayan ve aralarında evlenmeyi engelleyecek yakın kan akrabalığı bulunanlar dışında, bütün İmparatorluk yaşayanları evlenme hakkına sahip kılındı (*Berki*, Roma Hukuku, s. 159).

evli olmaması, ergenlik yaşına gelmiş olması (kızlar için 12, erkekler için 14⁵²), evlenmeye ilişkin rızalarının alınmış olması⁵³, egemenlik altında iseler *pater familias*'ın izni⁵⁴, vesayet altındaki *sui iuris* kadın için vasinin rızası gerekirdi.

Ius Civile'nin geçerli saydığı ve aynı baba egemenliği altında bulunmayı ölçüt alan *agnatio* akrabalığının esas alındığı dönemlerde de kan bağına dayanan *cognatio* akrabalığı, bazı özel yükümlülükler ve evlenme engelleri bağlamında dikkate alınmıştır. Roma'nın dini ve ahlaki (*respectus parentelae* = akrabalık saygısı) gereğince eski hukuk döneminden klasik hukuk döneminin sonlarına değin, 3. dereceye kadar kan hısımları arasındaki evlenme yasaklanmıştır. Buna göre, alt ve üst soyun evlenmesi, kardeşler arasındaki evlenme -evlat edinme yolu ile aileye dâhil olan aile evladı da dâhil-, hala, teyze, amca⁵⁵, dayı, yeğen arasındaki evlenme yasaktır⁵⁶. İmparator *Theodosius* (M.S. 4. yy.) zamanında 4. dereceye kadar evlenme yasağı getirilip, kardeş çocukları arasındaki evlenmeler de yasak evlenmeler kapsamına alınmıştır.

⁵² Ergenliğin nasıl saptanacağı hususunda Hukuk Okulları arasında görüş farklılıkları bulunmakta idi. *Sabinianus*'lar her küçük için biyolojik olarak ergenliğin gerçekleştiği anın esas alınması gerektiği görüşündeydiler. *Proculianus*'lar ise erkeklerin *toga* denilen ergenlik giysisini giymesi ile ergenliğe girdiklerini görmenin olanaklı olduğunu, fakat kızlarda belirlemeye kalkışmanın mahremiyeti ihlal edici olduğunu belirterek ergenlik için belirli bir yaşın esas alınması gerektiği görüşünü savunmuşlardır. *Proculianus*'ların görüşü kabul edilerek erkek çocuklar için 14 yaşın bitirilmesi, kız çocuklar için ise 12 yaşın bitirilmesi ergenlik yaşı olarak belirlenmiştir (*Somer*, s. 166; *Ayiter*, s. 11).

⁵³ Babanın rızasına kız çocuk itiraz etmemiş ise, bundan hareketle kız çocuğun iradesi var sayılmıştır. Kız çocuk, şerefsiz ve hayâsız bir yaşam tarzı (*indignum moribus vel turpem*) süren birisinin nişanlı olarak teklif edilmesine itiraz etme hakkına sahipti (*Gaudemet* (Çev. *Tahiroğlu*), s. 212-214).

⁵⁴ Egemenlik altında bulunan aile evladının evliliğinin geçerliği, egemenlik hakkı sahibinin (*pater familias*) rızasına bağlı idi [*Kaser*, *RPR I*, s. 314; *Di Marzo* (Çev. *Umur*), s. 180-181]. *Augustus* zamanında çıkarılan kanunlardan biri olan *lex Iulia de maritantis ordinibus*, kabul edilebilir bir neden olmaksızın aile evladının evlenmesini izin vermeyen *pater familias*'ın bu izni vermeye zorlanacağını düzenlemektedir [*Jörs/Kunkel/Wenger* (neu bearb. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*), s. 389; *Kaser*, *RPR I*, s. 315].

⁵⁵ Roma'da İmparator *Claudius* ve yeğeni *Agrippina* arasındaki evliliğin, M.S. 49'da çıkarılan bir Senato kararı ile caiz olduğuna karar verilmiştir (bkz. *Gai. Ins.* 1.59-64; *Kaser/Knütel*, s. 286). Bu icazet, daha sonra İmparator *Constantinus* tarafından ortadan kaldırılmıştır [*Jörs/Kunkel/Wenger* (neu bearb. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*), s. 389].

⁵⁶ *Jörs/Kunkel/Wenger* (neu bearb. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*), s. 389-390.

Iustinianus Dönemi'nde ise evlenme yasağı, 3. derece ile sınırlandırılmıştır⁵⁷. Roma'da kayın hısımları arasında evlenmeler ise 1. derece ile sınırlı olarak yasaktır. Buna göre, kayınvalide, kayınbaba, gelin ve damat arasında; keza, üvey çocuklar ile üvey anne/baba arasında da evlenme mümkün değildir⁵⁸.

Roma'da her zaman monogam evlilik söz konusu olmuştur⁵⁹. *Gaius*'a göre, “*aynı kadın iki kişiyle evli olamadığına göre, aynı erkeğin de iki karısı olamaz (neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere)*”⁶⁰. İmparatorluk Dönemi'nde egemenlik altında bulunan kavimlerde farklı gelenekler söz konusu olduğu için, tek eşlilik, imparator emirnameleri ile ayrıca düzenlenmiş ve ikinci evlilik suç olarak kabul edilmiştir⁶¹.

d. Boşanma

Boşanma, ölüm ve evlenme ehliyetinin kaybı durumlarında, evlilik ilişkisi sona ererdi⁶². Roma hukukunda evlilik ilişkisi, tarafların sürekli *consensus*'u ile devam ettiği için, taraflardan birinin evlenme iradesinin sona ermesi, evliliğin sona ermesi sonucunu da doğurmaktaydı⁶³.

Boşanma (*divortium*) serbestisi, klasik hukuk döneminin sonlarına değin istisnasız olarak kabul edilmiş ve bu olgu, “*evlenme serbest ise boşanma da serbest olmalıdır*” düşüncesine dayandırılmıştır⁶⁴. “*Evlenme özgürlüğü, eski dönemlerden beri bilinmektedir (libera matrimonia esse antiquitus placuit)*” sözleri ile ifade edilen evlenme serbestisinin aksi ile kanıtından Romalılar, boşanmanın da serbest olduğu düşüncesine ulaşmışlardır⁶⁵. Çünkü, Roma hukukunda evlenme gibi boşanma da hukukî bir işlem olarak değil, ahlak kuralları tarafından düzenlenen fiilî

⁵⁷ Kaser/Knütel, s. 286; ayrıca bkz. Ius. Ins. 1.10.4.

⁵⁸ Kaser, RPR I, s. 316; Kaser/Knütel, s. 286.

⁵⁹ Ayiter, s. 6; Kaser/Knütel, s. 285; Koschaker/Ayiter, s. 301.

⁶⁰ Di Marzo (Çev. Umur), s. 177.

⁶¹ Di Marzo (Çev. Umur), s. 177-178; ayrıca bkz. Gai. Ins. 1.63; Ius. Ins. 1.10.6-7.

⁶² Emiroğlu, AÜHFD (2001), s. 178.

⁶³ Gönenç, F. İ.: “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)”, ErzincanHFD (2003), C. 7, Sa. 1-2, s. 646-647; Rado-Basman, s. 531; Kaser/Knütel, s. 283.

⁶⁴ Üskül/Karaman, s. 306.

bir olgu olarak kabul edilmiştir. Özel boşanma nedenleri ve boşanmaya ilişkin bir yargılama usulü öngörülmemiştir⁶⁶.

Bununla birlikte, Yunanlı yazar *Plutarkos*, Roma'nın kurucusu *Romulus* döneminden beri gelen ve dinsel hukuka dayanan boşanma kurallarının geçerli olduğunu belirtmektedir⁶⁷. Buna göre, Roma'nın eski dönemlerinde boşanma hakkı mutlak olarak aile babasına aitti, fakat aile babası bu hakkını sadece çok belli koşullarda (zina, şarap içme, çocuk düşürme gibi) kullanabilirdi. Kocanın keyfi olarak boşanması durumunda dinsel hukuk gereğince malvarlığının yarısı kadına, diğer yarısı ise ilahlara (*Ceres* mabedine) bırakılırdı⁶⁸. Oniki Levha Kanunu'ndan beri kadına da tek taraflı boşanma serbestisi tanınmış olmakla birlikte⁶⁹, bu alan dinî kuralları ve ahlakî gelenekleri korumakla yükümlü *ensor*'lar tarafından denetlenmiş⁷⁰; getirilen sınırlamalar sonucunda karı ve kocanın nedensiz boşanamayacağı kabul edilmiştir⁷¹. Her şeyden önce, her iki tarafın karşılıklı olarak ayrılmayı istemeleri, diğer bir deyişle, evlenme iradesinin (*affectio maritalis*) sona ermesi gerekirdi⁷².

Manus kurulan evliliklerde *pater familias*'ın *remancipatio* yoluyla, *manus*'u kaldırması gerekiyordu, ancak buna zorlanamazdı. İlk olarak *Principatus* Dönemi'nde, kadına, muhtemelen *consul* önünde yapılan bir işlemle, kendisini, *manus* altından çıkarması için, *pater familias*'ını zorlayabilme hakkı tanındı⁷³. Ancak bu dönemde, *manus*'lu evliliğin ortadan kalkmasıyla, böyle bir hakka gereksinim de kalmamıştı.

⁶⁵ Kaser/Knütel, s. 290.

⁶⁶ Kaser, RPR I, s. 81.

⁶⁷ Bkz. *Plutarkos, Romulus* 22; Kaser, SZ 58, s. 71, s. 83; *Gönenç, Roma'da Kadın*, s. 113; *Gönenç, Boşanma*, s. 647-648.

⁶⁸ *Gönenç, Roma'da Kadın*, s. 113; *Somer*, s. 175; Kaser, SZ 58, s. 71; *Villers, R. (Çev. Bülent Tahiroğlu): "Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukukî Durumu"*, İÜHFİM (1974), C. 39, s. 432.

⁶⁹ Kaser, SZ 58, s. 83.

⁷⁰ *ensor*'un aile ile ilgili önlemleri hakkında bkz. Kaser, SZ 58, s. 71-76.

⁷¹ Kaser, RPR I, s. 82, s. 325-327; *Paribeni (Çev. Şemseddin Talip)*, İÜHFİM, s. 235.

⁷² Kaser/Knütel, s. 283; *Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearb. Honsell/Mayer-Maly/Selb)*, s. 399-400; *Mayer-Maly*, s. 50; *Honsell*, s. 187.

⁷³ *Paribeni (Çev. Şemseddin Talip)*, İÜHFİM, s. 235; *Di Marzo (Çev. Umur)*, s. 198; Kaser, SZ 58, s. 83; Kaser, RPR I, s. 327.

Roma halkının ahlakının bozulduğu dönemlerden biri olarak kabul edilen M.Ö. 1.yy.dan itibaren boşanmalar çok artmış; Filozof *Seneca* bu durumu, “kadınlar, yılları *consul*’lerin isimleriyle değil, kocalarının isimleriyle saymaktadır” sözleriyle⁷⁴; şair *Iuvenalis* ise “*skoru gittikçe yükseliyor, beş kış içinde sekiz kocası oldu. Mezar taşına marifetmiş gibi bunu da yazdırır*” sözleriyle hicvetmiştir⁷⁵.

Son İmparatorluk Dönemi’nde Hristiyanlığın kabulü ile birlikte, evlenmenin dinsel bir bağ olduğu düşüncesi toplum ve hukuk hayatına girmiş; böylece evlenme kilise tarafından onaylanan ve devletin de söz sahibi olduğu bir hukukî ilişki olarak kabul edilmiştir. Boşanmanın zorlaştırılması ve kanunlarca özel boşanma nedenlerinin belirlenmesi⁷⁶, evliliğin hukukî bir ilişki olarak kabul edildiğini göstermektedir⁷⁷.

2. Özel Hukuk İlişkilerinde Kadın

Kadın Roma ailesinde kutsal bir konuma sahip olmakla birlikte, kadınların, toplumsal yaşama fazla katılmamaları, hukukî işlem yapma hususunda deneyimsiz olmaları, ruhlarının zayıf olması (*propter animi levitatem*), fiziken zayıf olmaları (*infirmitas*), aile mallarının korunması gereksinimi, asker olamamaları ve aile babası olamamaları gibi gerekçelerle⁷⁸, Roma’nın kuruluşundan⁷⁹ itibaren hukukî işlem ehliyetleri kısıtlanmış ve baba egemenliği altında bulunmayan ve *manus* altına

⁷⁴ *Rado-Basman*, s. 543.

⁷⁵ *Sandalcı, Sema*: “Eski Roma’da Babanın Aile Üzerindeki Otoritesi ve Kadının Aile İçindeki Yeri ile ilgili Genel Bilgi”, <http://semasandalci.blogspot.com/2010/05/eski-romada-babann-aile-uzerindeki.html> (E.T. 23 Ekim 2013).

⁷⁶ Kilisenin etkisi ile biçimlenen yeni Roma aile hukuku ve özellikle boşanma için bkz. *Kaser, M.*: *Das Römische Privatrecht (die nachklassischen Entwicklungen)*, 2. Absch., 1. Aufl., München 1959, s. 107-123.

⁷⁷ *Kaser*, RPR II, s. 107-108; *Kaser/Knütel*, s. 283.

⁷⁸ Bkz. *Gai. Ins.* 1.144.

⁷⁹ Efsaneye göre, Roma şehrinin kurucusu *Romulus*, aile babasının tüm çocuklarını koruması gerektiğini belirtmiş ve aile babasına, erkek çocukları ile ilk doğan kız çocuklarını büyüüp, besleme ve her zaman koruma (gözetme) yükümlülüğünü yüklemiştir. Bu kural, kadınların korunması amacıyla vesayet altına alınmalarına yol açmıştır [*Villers (Çev. Tahiroğlu)*, s. 430; *Kaser*, RPR I, s. 61; *Ceylan-Güneş*, *Velayet-Vesayet*, s. 68].

girmemiş olan *sui iuris* kadınlara, yaşları ne olursa olsun, vasi (*tutor mulieres*) atanmıştır⁸⁰.

Ancak, Roma'nın eski hukuk döneminden başlayarak, baba egemenliği altında olmayan, yetişkin ve özgür Romalı kadın üzerindeki vesayet (*tutela mulierum*), küçükler üzerindeki vesayetten farklı değerlendirilmiştir⁸¹. Kadınlar, kendilerine vasi atanan küçüklere göre, daha geniş hukukî yetkilere sahiptiler. Öncelikle, kadınlar, malvarlıklarını bizzat kendileri yönetirdi. Kadın, *res nec mancipi* bir malın mülkiyetini devredebilir, kendisine yapılan bir ödemeyi kabul edebilir, *praetor* hukukuna ve yabancılar hukukuna ait hukukî işlemleri tek başına yapabiliyordu.

Kadının şekle bağlı *Ius Civile* işlemlerinin geçerli olması için vasinin *auctoritas*'ı (yardımı)⁸² aranmıştır. *Ius Civile*'nin şekle bağlı hukukî işlemleri yanında, bir malın mülkiyetinin devrinde, kendilerini sadece borç altına sokan hukukî işlemlerde, malvarlıklarının aktifini azaltan hukukî işlemlerde (örneğin bağışlama, azat etme, borçtan ibra) vasinin *auctoritas*'ına gereksinim vardı. Mirasın kabulü, vasiyetname düzenleme ve dava açma gibi hukukî işlemlerde vasinin *auctoritas*'ı gereklidir⁸³. Ergenliğe ermiş *sui iuris* bir kadın, evlenme ehliyetine sahipti. Ancak, *conventio* ile *manus* altına girebilmesi için vasinin *auctoritas*'ı gereklidir.

M.S. 46'da çıkarılan bir Senato kararı ile kadının, hem kocası hem de üçüncü kişi için borç altına girmesi ve kefil olması yasaklandı (*Senatus*

⁸⁰ Kaser/Knütel, s. 84 ve s. 314; Villey (Çev. Tahiroğlu), s. 82.

⁸¹ Mayer-Maly, s. 40; Kaser/Knütel, s. 84; ayrıca bkz. Gai. Ins. 2.192.

⁸² *Auctoritas*, hukukî işlem ehliyetine sahip olmayan kişiye yardım, eksik olan iradesini tamamlama anlamındadır. *Auctoritas*, hukukî işlem ehliyetine sahip olmayanın hukukî işlemine, vasinin, baştan izin ya da sonradan onam vermesi anlamına gelmez. *Auctoritas*, hukukî işlem sırasında vasinin hazır bulunması ve küçüğe yardım etmesi anlamını taşır.

⁸³ Honsell, s. 193; Kaser/Knütel, s. 314; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearb. Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 429.

Consultum Velleianum)⁸⁴. Kadınlar, umumî toplantılarda bulunamadıkları için bankacı, banker olamaz, şahitlik yapamazlardı⁸⁵.

Papinianus, kadınların hukuksal konumunu, “hukukumuzun birçok kısımlarında kadınların durumu erkeklerinkinden daha fenadır” (*in multis iuris nostri articulus deterior est condicio feminarum quam masculorum*) sözleriyle ifade etmektedir⁸⁶.

Ancak cinsiyete dayalı bu ehliyetsizlik, Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren, özellikle de *Principatus* Dönemi'nde sorgulanmaya başlanmış ve bu dönemlerden başlayarak, kadın toplumsal yaşamdaki bağımsızlığına koşut olarak, önemli ölçüde hukuksal bağımsızlık da kazanmıştır⁸⁷.

Bu durum, insancılık düşüncesinin gelişimi, kadının sosyal ve ekonomik işlevinin gelişmesi, uzun süren savaşlar nedeniyle erkeklere ait işlerin kadınlar tarafından yürütülmesi, *Ius Civile* ailesinin çözülmesi ve *manus*'lu evliliklerin yapılmamaya başlanması ile açıklanmaktadır⁸⁸.

Kadınların ekonomik ve sosyal yaşama daha fazla katılmalarıyla birlikte, klasik hukuk döneminden itibaren kadınlar üzerindeki vesayet yumuşatılmaya, sadece şeklen gerçekleştirilmeye başlandı. Kadın kendi hukuksal işlemlerini tek başına yapmaya ve vasi de bu işlemlere bizzat katılmaksızın, sadece onam vermeye başladı. Koca, vasiyetnamesinde karısına kendi vasisini seçme ve isterse vasisini değiştirme hakkını tanımaya başladı. Ayrıca, kadına vasisinin kararlarına itiraz etme hakkı tanındı⁸⁹.

Nitekim, klasik hukuk dönemi hukukçusu *Gaius*, kadınlar üzerindeki vesayetin *Ius Civile*'nin eski kurumlarından biri olduğunu ve

⁸⁴ *Berki*, Roma Hukuku, s. 165.

⁸⁵ *Jhering* (Çev. Arsebük), s. 235; *Gaudemet* (Çev. Tahiroğlu), s. 225.

⁸⁶ D. 1.5.9 (*Pap.*); ayrıca bkz. *Mayer-Maly*, s. 40.

⁸⁷ *Jörs/Kunkel/Wenger* (neu bearb. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*), s. 428.

⁸⁸ *Kaser*, RPR I, s. 277; *Aksaray, B.*: Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti, İstanbul 2012, s. 85-90.

⁸⁹ *Ayiter*, s. 69; *Jörs/Kunkel/Wenger* (neu bearb. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*), s. 429.

fakat artık hiçbir geçerli nedenin bunu haklı göstermediğini belirtmektedir⁹⁰.

Gai. Ins. 1.190: “*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera.*”

Gai. Ins. 1.190: “Olgunluk yaşlarında kadınların vesayet altında bulundurulmaları hususunda, ikna edici mantıklı/makul bir neden bulunmamaktadır: Onların, düşüncelerindeki (ruhlarındaki) hafiflik nedeniyle kolaylıkla hataya düşebilecekleri ve bu nedenle de vasiinin *auctoritas*’ı altında bulunmaları gerektiği yönlü genel görüş, gerçekçi görünmemektedir.”

İmparatorluk Dönemi’nde kadınlar üzerindeki vesayet, üç çocuğu olan özgür bir kadın ile dört çocuğu olan azatlı bir kadına vasi atanamayacağı şeklindeki kuralla yumuşatıldı. *Ius liberorum* olarak adlandırılan bu imtiyaz, daha sonraları, çocukların sayısına bakılmaksızın bütün kadınlara tanındı⁹¹. Kadınlara vasi atanacağı kuralı *Ius Civile*’den geldiği için, İmparatorluk Dönemi’nde *Ius Civile*’nin yerini *Ius Gentium*’un alması ve *Ius Civile*’nin şekle bağlı işlemlerinin artık uygulamada yer almaması nedeniyle M.S. 3. yy.’da kadınlar üzerindeki vesayet tamamen ortadan kalktı⁹². Bu nedenle de, *Iustinianus* Dönemi’ne ilişkin metinlerde, kadınlar üzerindeki vesayet hakkında herhangi bir bilgi yer almamaktadır⁹³.

Roma hukukunda velayet ve vesayet ayırımına rastlanmamaktadır. Aile evlatları üzerinde *pater familias*’ın baba egemenliği (*patria potestas*) bulunuyordu ve bu egemenlik, velayeti de kapsamına alıyordu. Sadece

⁹⁰ Krş. Gönenç, Roma’da Kadın, s. 26.

⁹¹ Honsell, s. 185; Koschaker/Ayiter, s. 315.

⁹² Mayer-Maly, s. 40.

⁹³ Kaser, RPR II, s. 158.

babanın egemenliğe sahip olacağını düşünen Romalılar, kadına egemenlik hakkını tanımamışlardı. Roma'nın ilk dönemlerinde, küçükler üzerinde kurulan vesayet, *patria potestas*'a benzetilerek tasarlandığı için, vasi olma hakkı anneye tanınmamıştı⁹⁴. Çocuklarına çok düşkün oldukları gerekçesiyle kadınların çocukları üzerinde vesayet hakkı yoktu. Romalılara göre, çocuğun terbiyesi, kamu düzenine ilişkindi ve çocuğuna kıyamayan anne, bu görevi gereği gibi yerine getiremeyebilirdi⁹⁵.

İmparator *Alexander Severus* zamanında (M.S. 224), bir annenin (*Otacilia*) çocukları üzerinde vesayet hakkına sahip olup olamayacağını sorması üzerine, İmparator, vasiliğin erkeklere ait bir kamu görevi olduğunu söyleyerek bu talebi reddetmiştir⁹⁶. Bununla birlikte, İmparator, anneliğin kutsallığının, anneye sadece vasinin belirlenmesinde yardımcı olmayı değil, aynı zamanda vasinin işlerini kontrol etme yükümlülüğünü yüklediğini de belirtmiştir⁹⁷.

Codex Theodosianus'da annenin vesayetini tanıyan metinden hareketle M.S. 390'dan itibaren bu hakkın (görevin) anneye sağlandığı kabul edilmektedir⁹⁸. *Iustinianus* Dönemi'nde ise evlenmemeyi taahhüt eden dul kadına, çocuklarının vasiliğinin verileceği kuralı getirilmiştir⁹⁹.

Roma hukuku, erkek çocuk veya büyük olmak gibi bir ayrıcalık tanımamış ve kız çocukları erkek çocuklarla eşit miras hakkına sahip kılmıştır¹⁰⁰.

3. Ticaret Hayatında Kadın

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren kadınlar ticarî yaşama katılmaya başlamış ve kadınlar üzerindeki vesayet, onların bu yaşama

⁹⁴ *Chiusi, T.*: “Zur Vormundschaft der Mutter”, SZ 111 (1994), s. 156; ayrıca bkz. D. 26.1.18 (*Nerat.*); D. 26.1.16.pr. (*Gai.*); D. 26.2.26.pr. (*Pap.*).

⁹⁵ *Pugliese (Çev. Umur)*, s. 347; *Jhering (Çev. Arsebük)*, s. 235.

⁹⁶ Bkz. C1.5.35.1.

⁹⁷ Bkz. C1. 5.31.6.

⁹⁸ *Chiusi*, s. 195; metin için bkz. CTh. 3.17.4.pr.

⁹⁹ *Kaser, RPR II*, s. 162-163.

¹⁰⁰ *Kaser/Knütel*, s. 284; *Pugliese (Çev. Umur)*, s. 340-341; *Jhering (Çev. Arsebük)*, s. 235; *Aksaray*, s. 67-68; ayrıntılı bilgi için bkz., *Güven, Tamer D.*: “Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı”, İÜHFİM (1999), C. 57, Sa. 1-2, s. 225 vd.

katılmalarına engel olmamıştır. Çünkü, Roma toplumu kadının çalışmasını yasaklamamış, aksine bu çalışmaları desteklemiştir. Nitekim, sadece erkek evlatlara değil, terzilik, dokumacılık gibi sanatlarla uğraşmak üzere; köleler tarafından hukuksal işlemlerin yapılması koşulu ile kız evlatlara da *peculium*¹⁰¹ verildiğini kaynaklar yardımı ile söyleyebiliriz¹⁰².

Peculium sahibi erkek aile evladının yapmış olduğu hukuksal işlemlerden dolayı aile babasına karşı ek davalar arasında yer alan *actio de peculio* açılabilirken; *peculium* sahibi kız aile evladının yapmış olduğu hukuksal işlemler nedeniyle *Ius Civile*'ye göre bu dava açılmazdı¹⁰³. Bu yasağı Romalılar, *peculium* sahibi kız aile evladının hukuksal işlemlerinde köleleri kullanmak suretiyle aşmış ve kız evladın ticaret yaşamına girmesini sağlamışlardır¹⁰⁴. Hatta, gemi sahibi olan ve gemicilik şirketlerini yöneten kadınların da varlığı bilinmektedir¹⁰⁵.

Bu konuda verilebilecek en iyi örnek, *Cicero*'nun karısı *Terentia*'dır. *Terentia*, *manus* ile *Cicero*'nun egemenliği altına girmemiş; üzerindeki vesayetten hiç söz edilmediği gibi, azatlı kölelerinin yardımıyla, başarılı bir biçimde bağımsız olarak malvarlığını yönetmiştir¹⁰⁶.

¹⁰¹ *Peculium*, aile babası veya efendi tarafından, aile evladı ya da köleye, ticarî veya endüstri işlerinde kullanılmak, üçüncü kişilerle serbestçe hukukî işlemler yapılabilmesi için ayrılan, küçük bağımsız bir malvarlığıydı. Kaynaklarda "*pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*" (küçük, az miktarda para veya küçük malvarlığı) olarak geçen *peculium*'un temelinde, *pater familias*'ın, egemenliği altında bulunanların ekonomik faaliyetlerine duyduğu gereksinim yatar. Fakat zamanla bu kurum gelişerek amacının dışına çıkmış ve aile evlatlarının hak ehliyetine sahip olmalarının nedenini oluşturarak, hukukî ve ekonomik yönden bir bütün olan aile malvarlığının parçalanmasında önemli bir rol oynamıştır [ayrıntılı bilgi için bkz. *Karadeniz, Ö.*: "Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi", *AÜHF*D (1968), C. 24, Sa. 3-4, s. 179 vd.; **Berki**, *AÜHF*D, s. 117-119; *Kaser*, *SZ* 58, s. 85-87; *Ayiter*, s. 58-61].

¹⁰² Bkz. D. 15.1.27.pr. (*Gai.*); D. 13.6.3.4 (*Ulp.*); *Emiroğlu*, *Kadının Durumu*, s. 49; *Aksaray*, s. 56-57; *Levy-Bruhl* (*Çev. Hüseyin Nail*), s. 148.

¹⁰³ *Kaser*, *RPR* I, s. 330, s. 605.

¹⁰⁴ *Kaser*, *RPR* I, s. 343.

¹⁰⁵ *Thomas* (*Çev. Ahmet Fethi*), s. 147-148.

¹⁰⁶ *Kaser/Knütel*, s. 84.

4. Kamusal Yaşamda Kadın

Roma Devleti'nde kadına aile içinde görev, yetki ve sorumluluk tanınmış; kamusal yaşamın kapıları ise kapatılmıştır. Kadın, *pudicitia* olarak adlandırılan iffetini korumak adına, erkeklere ait görevleri (*virilia officia*) yerine getiremezdi¹⁰⁷. Kadınlar, siyasal ve kamusal yaşamda hiçbir resmî makam işgal edemez, idarî bir görev alamazlardı¹⁰⁸. Kadın, halk meclislerinde oy kullanamaz, *magistra* ya da imparator olamaz, mahkemelerde yargıç olarak görevlendirilemez, avukatlık yapamazdı. Çünkü, bu tip görevlerin hepsi erkeğe özgü iş olarak tanımlanan kamusal görevlerin kapsamına girmektedir¹⁰⁹.

Bu durumu *Ulpianus* D. 50.4.3.3'de şu sözlerle ifade etmektedir:

D. 50.4.3.3 (Ulp.): “*Corporalia munera feminis ipse sexus denegat.*”

D. 50.4.3.3 (Ulp.): “Bizzat cinsiyet, kadının kamusal görevlerine engeldir.”

Kadının kamusal yaşamda yer alamayacağı kuralının istisnasını *Vesta* rahibeleri oluşturmaktadır. *Vesta* rahibeleri Roma Devleti'nin ocağının ateşinin koruyucuları olarak kabul edilirdi. Roma'nın en soylu ailelerinden altı bakire, on ya da daha küçük yaşta bu görevi yerine getirmek üzere seçilir ve 30 yıl boyunca kendilerini dinsel yaşama adanlardı. *Vesta* rahibeleri göreve başlamaları ile hiçbir merasime gerek olmaksızın baba egemenliği altından çıkarlardı. Roma geleneklerine göre *Vesta* rahibesi olmak, tanrı ile *manus*'un bulunduğu bir evliliğin akdedilmesi anlamındaydı¹¹⁰.

Vesta rahibelerine tecavüzün cezası ölümdü. İdama giden mahkûmun karşısına *Vesta* rahibesinin çıkması, onun affedilmesi sonucunu doğururdu. İmparator ailesinin yanında halkın karşısına çıkan *Vesta* rahibelerine kamusal bir statü tanınmıştı. Üzerlerinde baba

¹⁰⁷ Aksaray, s. 24; Couch (Çev. Söğüt), s. 1496, ayrıca bkz. Gai. Ins. 2. 96.

¹⁰⁸ Kaser/Knütel, s. 83.

¹⁰⁹ Thomas (Çev. Ahmet Fethi), s. 148-149.

¹¹⁰ Ayiter, s. 62.

egemenliği ve vesayet bulunmayan *Vesta* rahibeleri, vasiyetname yapma ve mahkemelerde yeminsiz tanık olma hakkına sahiplerdi¹¹¹.

Roma Devleti, kadına doğrudan siyasi yaşamda yer alma hakkını tanımamakla birlikte, özellikle üst sınıfa mensup kadınlar, kocaları ya da babaları ile birlikte seçim meydanlarında yer almışlardır¹¹².

Kadınların Roma Devleti'ne yönelik ilk ciddi başkaldırıları ise israfi önlemek amacıyla getirilen *Oppia Kanunu*'na muhalefetleri aracılığıyla olmuştur. M.Ö. 215 yılında, *Hanibal*'a karşı verilen başarısız savaşta ordunun ihtiyaçlarını gidermek amacıyla, kadınların Roma sokaklarından araba ile geçmelerine, tahtirevanlarına, koşum hayvanlarına, mücevherlerine, boyalı giysiler giymelerine sınır getiren ve sadece yarım ons (yaklaşık on beş gram) altın bulundurmalarını öngören *Oppia Kanunu* kabul edilmişti.

On dört yıl süren bu savaşın bitiminden altı yıl sonra Romalı kadınlar, bu kanuna karşı ayaklanarak, Roma'nın tüm sokaklarını ve *forum* meydanına giden tüm yolları kuşatmışlardır. Tartışmalar günlerce sürmüştür. Kadın kalabalıkları her gün daha büyümüş; taşradan da kadınlar kente akın etmeye başlamışlardır. *Cato*'nun karşı koymasına rağmen¹¹³, kadınların evlerine gitmemekte direnmeleri üzerine kanun yürürlükten kaldırılmıştır¹¹⁴.

5. Ceza Hukukunda Kadın

Roma toplumu, kadına, kocasına mutlak surette sadakat yükümlülüğünü yüklemiştir¹¹⁵ ve bu yükümlülüğün ihlâlini cezalandırmıştır¹¹⁶. Eski hukuk döneminde kral *Romulus*'a atfedilen bir

¹¹¹ *Paribeni* (Çev. Şemseddin Talip), İÜHFİM, s. 236; *Aksaray*, s. 61-62; *Gaudemet* (Çev. Tahiroğlu), s. 211.

¹¹² *Aksaray*, s. 55.

¹¹³ *Cato*, Senato'da, şunları söylemiştir: “Birkaç dakika önce, buraya gelebilmek için tam bir kadınlar alayı arasında kendime yol açmaya çalışmak yüzümü kızarttı. Kadın, söyleyecek bir şeyi varsa, bunu mahremiyet içerisinde, kocasına söylemeli; bu durumda bile, siyasi bir konuda fikir sahibi olmak ona düşmez.”

¹¹⁴ *Gönenç*, Roma'da Kadın, s. 155-156; *Villers* (Çev. Tahiroğlu), s. 434.

¹¹⁵ *Freeman* (Çev. Anđ), s. 438.

¹¹⁶ *Kaser/Knütel*, s. 290.

kurala göre; koca, zina suçunu işleyen karısını, akrabalar tarafından kurulan aile meclisinin (mahkemenin) kararı ile öldürme hakkına sahipti¹¹⁷ ve kocanın karısının zinasını affetme hakkı yoktu¹¹⁸. Klasik hukuk döneminde kocanın bu hakkı elinden alınmış, bu halde karısını öldürmesi hafifletici neden olarak kabul edilerek, ölüm cezası ile değil, sürgün cezası ile cezalandırılmıştır¹¹⁹. İlk İmparatorluk Dönemi'nde koca, zina yapan karısını boşamak zorundadır, eğer boşamaz ise muhabbet tellallığı suçu ile suçlanırdı¹²⁰. Kadın Devlet organları tarafından yargılanır, bir adaya sürgüne gönderilir, *dos*'unun yarısına, malvarlığının ise üçte birine el konulurdu¹²¹. Bu cezayı, bizzat *Augustus*, kızı *Iulia* için uygulamıştır¹²².

Kadının sadakat yükümlülüğünü Romalılar, neslin, saf, temiz, sağlıklı olması gereksinimi ile açıklamaktadırlar¹²³. Geleneklere göre, kadının sadakat yükümlülüğü kocanın ölümünden sonra da devam etmeliydi; çünkü, Romalılar nezdinde tek bir erkeğin karısı olmak büyük bir onurdu. Bu nedenle de, kocasının ölümünden sonra evlenen kadın için düğün töreni yapılmaz ve kadın mabede gidemezdi¹²⁴.

Roma'da eski hukuk döneminde kocanın sadakat yükümlülüğü yoktu ve hukuk düzeni, kadına bu konuda bir dava hakkı tanımamıştı¹²⁵. Bununla birlikte, evli bir kadınla zina yapan erkek, kadının kocası tarafından öldürülebilir; onun tarafından açılan zina davası gereğince cezalandırılır ve malvarlığının yarısına el konularak, bir adaya sürgüne gönderilirdi¹²⁶. İmparatorluk Dönemi'nde Hıristiyanlık Dininin etkisi ile kocaya da sadakat yükümlülüğü yüklenmiştir. Koca, bu yükümlülüğü ihlâl

¹¹⁷ Kaser, SZ 58, s. 71; ayrıca bkz. *Gellius, Noctae Atticæ*, 10.23.5.

¹¹⁸ *Paripeni* (Çev. Şemseddin Talip), *Capitolium*, s. 44.

¹¹⁹ *Gaudemet* (Çev. Tahiroğlu), s. 215.

¹²⁰ *Özkorkut, Ünal N.*: Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Ankara 2009, s. 48.

¹²¹ *Özkorkut Ünal*, s. 49; <http://semasandalci.blogspot.com/2010/05/eski-romada-babann-aile-uzerindeki.html> (E.T. 23 Ekim 2013).

¹²² *Gaudemet*, (Çev. Tahiroğlu), s. 215.

¹²³ *Jhering*, (Çev. Arsebük), s. 238.

¹²⁴ *Jhering*, (Çev. Arsebük), s. 238-239.

¹²⁵ *Emiroğlu*, *Kadının Durumu*, s. 85.

¹²⁶ *Aksaray*, s. 95; *Özkorkut Ünal*, s. 49-50.

eder ve evliliğin boşanma ile sonuçlanmasına yol açarsa, *Iustinianus* hukukuna göre malvarlığına el konulur ve yakınlarına ya da hazineye verilir¹²⁷.

Kadın, kocası ile aynı sosyal statüye sahip olarak kabul edilir ve *iniuria*'ya¹²⁸ maruz kalan kadın için koca, kendisine yapılmış gibi, *iniuria* davası açabilirdi¹²⁹.

Roma ceza hukukuna göre bakireye ölüm cezası verilemezdi. Nitekim ahlakın koruyucusu olan *Vesta* rahibeleri iffetsiz davranırlarsa, yer altında bir odaya gömülerek yavaş yavaş ölüme terk edilirdi¹³⁰.

Evlenme engeli bulunan kimselerin birlikte yaşamaları *insectum* suçunu oluşturmaktaydı. Bu suç, M.Ö. 18'de *Augustus*¹³¹ tarafından

¹²⁷ Kaser, RPR II, s. 118; ayrıca bkz. Nov. 134.10.pr.

¹²⁸ *Iniuria* suçunun konusunu şahıs varlığı değerlerinin ihlali oluşturmaktaydı. Bu suçun kapsamına, vücudun bir uzvunun koparılması, vücudun herhangi bir kemiğinin kırılması veya çatlatılması, ırza geçme, bir kimseyi özgürlüğünden alıkoyma, kişinin evine zorla girme, iftira, evli kadınlara, ergenlik çağına gelmemiş kız ve erkeklere uygunsuz söz söylemek, onları takip etmek, hakaret etmek, kamuya tahsis edilen yerlerden yararlanmaya engel olmak, bir başkasının arazisine izni olmaksızın çöp ve benzeri şeyler atmak, bir kimseyi aşağılayıcı şiirler yazmak, sebepsiz yere mahkemeye davet edilmek gibi fiiller girmektedir (*Tahiroğlu, B.: Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969, tüm çalışma*).

¹²⁹ *Gaudemet (Çev. Tahiroğlu), s. 217*.

¹³⁰ *Paribeni (Çev. Şemseddin Talip), İÜHF, s. 236; Gaudemet (Çev. Tahiroğlu), s. 221*.

¹³¹ İlk İmparatorluk Dönemi'nin kurucusu olan *Augustus*, iktidarı boyunca Roma geleneklerinin koruyucusu olma işlevini üstlenmiştir. Geleneklerin korunmasını, Roma'nın ve İtalya'nın zenginliği, daha büyük başarı ve sağlam bir devlet yapısı için gerekli görmüş; Roma geleneklerinin Helen kültürünün önüne geçmesi için her türlü yolu denemiştir. Roma halkını içine düşüğü ahlakî çöküntüden kurtarabilmek amacıyla *Augustus*, Roma ailesinin geleneklerdeki eski aile biçimine dönüştürülmesi gerektiği düşüncesinde idi. Bu dönüşümün, geleneklerin koruyucusu *ensor*'lar aracılığıyla değil, kanunlar aracılığı ile gerçekleştirilmesinin daha etkili olacağını öngören *Augustus*, Roma ailesini güçlendirecek ve evliliği özendirerek bir dizi kanun çıkarmıştır.

Bunun için *Augustus*, aileyi bir araya getiren, aile bağlarını güçlendiren eski dinsel bayramların yeniden kutlanmasını sağlamış, bu amaçla Roma kentindeki kutsal yapıları ve tapınakları onartmış, boşanmayı engellemeye çalışmış, aile babasının mutlak boşanma hakkının önüne geçebilmek için kadına da boşanma hakkı tanımış, zınayı kamu suçu (*delicta publica*) olarak kabul etmiş, evliliğe özendirme amacıyla evli olmayanları özel hukuk açısından bazı haklardan yoksun kılan, evli ve çocuk sahibi olanları ise ödüllendiren birtakım düzenlemeler yapmıştır. Bekârların vasiyet yoluyla mirasçı olamayacakları, üç çocuğu olan kadına vasi atanmayacağı, 60 yaşın üzerindeki erkeğin ve 50 yaşın üzerindeki kadının evlenemeyeceği, çocuğu olmayanların miraslarının bir bölümünün Roma Devleti'ne kalacağı gibi kurallar, bu düzenlemeler arasında yer almaktadır [ayrıntılı bilgi için bkz. *Kaser, RPR I, s. 318-321*;

çıkarılan ve cinsel suçları cezalandıran *Lex Iulia Adulteriis coercendis* gereğince Devlet tarafından koğuşturulur ve cezası Devlet adına verilirdi¹³²; ayrıca evlilik de geçersiz sayılırdı¹³³.

Roma hukukunda eşlerin birbirlerine karşı hırsızlıktan doğan davayı açmalarına, hukuk düzeni “*evlilik kurumunun onuru*” nedeniyle izin vermemiştir¹³⁴. Eşler arasından yapılan hırsızlık fiilinde *actio furti* açılmamakla birlikte, çalınan malın geri alınmasını hedefleyen ve *praetor* tarafından tanınan *actio rerum amotarum* davası açılabilirdi¹³⁵.

6. Sonuç Yerine

Eski Hukuk Dönemi’nde toplumsal ahlak anlayışıyla biçimlendirilen evli kadın, yurttaşlık ve aile reisliği konumunun korunmasının bir aracıydı ve bu konuma, çocuk yaparak ve mirasın çoğaltıcısı olarak yardımcı olmaktaydı¹³⁶. Çiftçi ve asker karısı olarak kadınlardan, dayanıklı ve tutumlu ev hanımları ve geleceğin vatandaşlarının anneleri¹³⁷ olmaları beklenmekteydi¹³⁸. Bu bağlamda kadının yeri eviydi (*domus*) ve bu alanda kendisine saygın bir yer verilmişti.

Roma’nın tarım toplumundan ticaret toplumuna evrilmesi, kadının yerini kısmen değiştirmiş; kadın, evindeki özel konumunu korumakla

Kaser, SZ 58, s. 78; Somer, s. 171-173; Barrow (Çev. Gürol), s. 18, s. 87; Roma Dünyası, Atlaslı Uygarlıklar Ansiklopedisi V. Cilt, İletişim Yayınları, İstanbul 1988, s. 76-77].

¹³² Kaser/Knütel, s. 286; Emiroğlu, H.: Ius Gentium – Kavimler Hukuku, İstanbul 2007, s. 80-81; Di Marzo (Çev. Umur), s. 185-187.

¹³³ Kaser, RPR I, s. 316.

¹³⁴ Gönenç, Roma’da Kadın, s. 109; ayrıca bkz. D. 25.2.2 (Gai).

¹³⁵ Ceylan-Güneş, Evlenme, s. 105-107.

¹³⁶ Ariès/Duby (Çev. Turhan Ilgaz), s. 51.

¹³⁷ Bu dönemde Romalı kadınların kendilerine örnek aldığı anne modeli, *Gracchus* kardeşlerin annesi *Cornelia* idi. *Cornelia*, Roma askerî ve siyasî yaşamında saygın ve tanınan bir isim olan *Scipio Africanus*’un kızıdır. *Cornelia*, iyi yetiştirilmiş, kültürlü, herkesin saygı duyduğu bir kadındı. 12 çocuğu olan *Cornelia*, çocuklarının eğitimi konusunda özellikle rol oynamış, onlara, Yunan filozof ve retorik hocalarından ders aldırılmıştır (*Atlas*, S.: Roma Tarihi’nin Ana Hatları, I. Kısım, İstanbul 1970, s. 108). *Cornelia*, çocuklarına düşkün bir anne modeli olarak, bir dostunun sergilediği pahalı mücevherlere burun kıvrımış; oğullarını işaret ederek “*işte benim hazinelerim*” demiştir [Baker, S. (Çev. Ekin Duru): Eski Roma, Bir İmparatorluğun Yükselişi ve Çöküşü, İstanbul 2012, s. 16-17].

¹³⁸ Freeman (Çev. Angı), s. 438.

birlikte, ticaret yaşamında yer alarak, üzerindeki vesayetini kaldırılmasını sağlamıştır. Kamusal yaşamın ve onun bir parçası olan siyasal yaşamın kapıları, gene de tarihsel süreçte kadına kapalı kalmıştır. Kadınların bu alanda elde ettikleri hakların evrimi düşünüldüğünde, kamusal yaşama ve böylelikle de siyasal yaşama girmelerinin benimsenmesi, Antik Roma Dünyası bakımından çok ileri bir beklenti olurdu.

Roma ceza hukukuna baktığımızda, zina suçunun merkezinde evli kadının yer aldığını görmekteyiz. Çünkü, zina suçunda erkeğin suçlu sayılabilmesi, kadının evli olması şartına bağlanmıştı. *Iniuria* suçunun mağdurunun kadın olması durumunda, kişilik hakkı ihlal edilenin baba ya da koca olduğu kabul edilerek, dava açma hakkı da onlara tanınmıştı. Aslında, bu, kadına, bir aile içinde -bir erkeğin kızı ya da karısı sıfatıyla- bulunduğu değer veren anlayışın¹³⁹ izdüşümüdür.

Yararlanılan Kaynaklar

- Aksaray, B.** :Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti, İstanbul 2012.
- Ariès, P./Duby, G. (Çev. Turhan Ilgaz):** Özel Hayatın Tarihi I, Roma İmparatorluğundan 1000 Yılına, İstanbul 2006.
- Atlan, S.** :Roma Tarihi'nin Ana Hatları, I. Kısım, İstanbul 1970.
- Ayiter, K.** :Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 1963.
- Baker, S. (Çev. Ekin Duru):** Eski Roma, Bir İmparatorluğun Yükselişi ve Çöküşü, İstanbul 2012.
- Barrow, R. H. (Çev. Ender Gürol):** Romalılar, İstanbul 2002.

¹³⁹ Bu anlayışın çok da fazla değişmediği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Sancar, Yalçın T.:* Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara 2013, *tüm çalışma.*

- Berki, Ş.** : “Romada Aile Hukuku”, AÜHFD (1957), C. 14, Sa. 1-4, s. 111-121 [Berki, AÜHFD].
- Berki, Ş.** : Roma Hukuku, Ankara 1949 [Berki, Roma Hukuku].
- Ceylan, Güneş S.** :Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2008 [Ceylan-Güneş, Evlenme].
- Ceylan, Güneş S.** :Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004 [Ceylan-Güneş, Velayet-Vesayet].
- Chiusi, T.** :“Zur Vormundschaft der Mutter”, SZ 111 (1994), s. 155-196.
- Couch, A. J. (Çev. İpek Sevda Söğüt):**“Roma’nın Eski Hukuk Dönemi’nde Kadın”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, C. II, s. 1491-1504.
- Di Marzo, S. (Çev. Ziya Umur):** Roma Hukuku, 2. bası, İstanbul 1959.
- Emiroğlu, H.** :“Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde Mal Rejimi”, AÜHFD (2001), C. 50, Sa. 3, s. 175-183 [Emiroğlu, AÜHFD (2001)].
- Emiroğlu, H.** : Ius Gentium – Kavimler Hukuku, İstanbul 2007 [Emiroğlu, Ius Gentium].
- Emiroğlu, H.** :Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003 [Emiroğlu, Kadının Durumu].
- Freeman, C. (Çev. Suat Kemal Angı):** Mısır, Yunan ve Roma, Antik Akdeniz Uygarlıkları, Ankara 2003.
- Gaudemet, J. (Çev. Bülent Tahiroğlu):**“Roma İmparatorluğunda Kadının Hukukî Durumu”, MHAD (1972), C. 6, Sa. 9, s. 205-230.
- Gönenç, F. İ.** : “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)”, ErzincanHFD (2003), C. 7, Sa. 1-2, s. 645-654 [Gönenç, Boşanma].
- Gönenç, F. İ.** :Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010 [Gönenç, Roma’da Kadın].

- Güven, Tamer D.** : “Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı”, İÜHFMD (1999), C. 57, Sa. 1-2, s. 225-240.
- Honsell, H.** :Römisches Recht, 6. Aufl., Zürich 2005.
- Jhering, R. (Çev. Esat Arsebük):** “Roma Hukukunun Tekâmül Tarihi”, Adliye Ceridesi (1935), s. 222-242.
- Jörs, P./Kunkel, W./Wenger, L. (neu bearb. Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.):** Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1987.
- Karadeniz, Ö.** :“Roma Hukukunda Peculium Müessesesi”, AÜHFMD (1968), C. 24, Sa. 3-4, s. 179-194.
- Kaser, M./Knütel, R.** : Römisches Privatrecht, 18. Aufl, München 2005.
- Kaser, M.** :“Der Inhalt der patria potestas”, SZ 58 (1938) , s. 62-87 [Kaser, SZ 58].
- Kaser, M.** :Das Römische Privatrecht (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht), 1. Absch., 2. Aufl., München 1971 [Kaser, RPR I].
- Kaser, M.** :Das Römische Privatrecht (die nachklassischen Entwicklungen), 2. Absch., 1. Aufl., München 1959 [Kaser, RPR II].
- Koschaker, P. (Yen. eld. geç. Ayiter, K.):** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. bası, Ankara 1983.
- Levy-Bruhl, H. (Çev. Hüseyin Nail):** “Eski Roma Aile Hukukunda İki Cereyan”, İÜHFMD 1940, C. 6, Sa. 1, s. 146-155.
- Mayer-Maly, T.** :Römisches Recht, zweite, erweiterte Aufl., Wien-New York 1999.
- Oğuzoğlu, C.** :Roma Hukuku, Ankara 1959.
- Özkorkut, Ünal N.** :Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Ankara 2009.

- Paribeni, R. (Çev. Şemseddin Talip):** “Eski Roma’nın Dini ve Ahlâkı”, Capitolium (1934), C. 1, Sa. 1, s. 41-44 [Paribeni (Çev. Şemseddin Talip), Capitolium].
- Paribeni, R. (Çev. Şemseddin Talip):** “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, İÜHFM (1935), s. 232-246 [Paribeni (Çev. Şemseddin Talip), İÜHFM].
- Pugliese, G. (Çev. Ziya Umur):** “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, İÜHFM (1956), C. 22, Sa. 1-4, s. 339-349.
- Rado-Basman, T.** : “Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri”, İÜHFM (1942), C. 8, Sa. 3-4, s. 530-544.
- Roma Dünyası,** Atlaslı Uygarlıklar Ansiklopedisi V. Cilt, İletişim Yayınları, İstanbul 1988.
- Sancar, Yalçın T.** : Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara 2013.
- Sandalcı, Sema** : “Eski Roma’da Babanın Aile Üzerindeki Otoritesi ve Kadının Aile İçindeki Yeri ile ilgili Genel Bilgi”, <http://semasandalci.blogspot.com/2010/05/eski-romada-babann-aile-uzerindeki.html> (E.T. 23 Ekim 2013).
- Selek, H.** : “Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi”, İzm.BD (1936), Sa. 1-2, s. 214-232.
- Somer, P.** : “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları”, MaltepeÜHFD (2002), Sa. 2, s. 155-180.
- Şemseddin Talip** : “Roma Tedkikleri I, Eski Roma’da Hususî Hayat: Aile Terbiyesi, Mektepler”, Capitolium (1934), C. 1, Sa. 2, s. 134-137.
- Tahiroğlu, B.** : Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969.
- Thomas, Y. (Çev. Ahmet Fethi):** “Roma Hukukunda Cinsiyet Ayırımı”, *in* Kadınların Tarihi - Ana Tanrıçalardan

- Hristiyan Azizelere, C. 1, İstanbul 2005, s. 99-149.
- Üskül Engin, Z. Ö./Karaman, B.:** “Roma İmparatorluğu ve Hukukunda Ailenin Toplumsal Temelleri”, GalatasarayÜHFD (2006), C. 1, s. 255-313.
- Villers, R. (Çev. Bülent Tahiroğlu):** “Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukukî Durumu”, İÜHFM (1974), C. 39, s. 427-438.
- Villey, M. (Çev. Bülent Tahiroğlu):** Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul 1985.
- von Lübtow, U.** :Das Römische Volk, Sein Staat, sein Recht, Frankfurt am Main 1955.
- Waldstein, W./Rainer, M. J.:** Römische Rechtsgeschichte, 10. neu bearbeitete Aufl., München 2005.

Kısaltmalar

Absch.	: Abschnitt
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CI.	: Codex
CTh.	: Codex Theodosianus
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
Dicle ÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EHFD	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
Gai. Ins.	: Gaius Institutiones
Gai.	: Gaius

Galatasaray ÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ius. Ins.	: Iustinianus Institutiones
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzm.BD	: İzmir Barosu Dergisi
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
Maltepe ÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Marc.	: Marcianus
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
Modes.	: Modestinus
Nerat.	: Neratius
neu bearb.	: neu bearbeitet
Nov.	: Novellae
Pap.	: Papinianus
Paul.	: Paulus
RPR	: Römisches Privatrecht
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
SZ	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
Ulp.	: Ulpianus
Yen. eld. geç.	: Yeniden elden geçiren

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU İLE ANONİM ŞİRKETLERDE KURUMSAL YÖNETİM İLE İLGİLİ GETİRİLEN YENİLİKLER

Doç. Dr. Rauf Karasu*

ÖZET

6102 sayılı TTK'nın kabulünden önce, Türk hukukunda kurumsal yönetim ilkesi, sadece sermaye piyasası hukukuna tâbi olan anonim şirketler, hatta bu şirketlerin bir kısmını oluşturan “pay senetleri menkul kıymetler borsasına kote olmuş anonim şirketler” için gündeme gelmişken, 6102 sayılı TTK, kurumsal yönetim anlayışını hem halka açık hem de kapalı tip anonim şirketler bakımından kabul etmiştir.

Yeni TTK, bir taraftan kurumsal yönetimin ana ilkelerini somutlaştıran sistem kurucu kurum ve hükümlere yer verirken, diğer taraftan da, çeşitli konularda anılan ilkelere uygun düzenlemeler yapmıştır. Bu kapsamda, yönetim kurulu, genel kurul, denetim, pay sahiplerinin hakları, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık alanlarında kurumsal yönetim ile ilgili bir çok hüküm öngörülmüştür. Yine Yeni Kanun anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesini kabul ederek, kurumsal yönetim felsefesini en gerçekçi bir şekilde somutlaştırmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Yönetim, Kurumsal Yönetim İlkeleri, Anonim Şirketler, Yeni Türk Ticaret Kanunu

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

THE NEW INSTRUMENTS OF THE COMMERCIAL CODE NO. 6102 WITH REGARD TO CORPORATE GOVERNANCE, FOR THE PUBLIC LIMITED COMPANIES

ABSTRACT

Before the adoption of the Commercial Code No. 6102, the concept of corporate governance was only an issue of public limited companies that were subject to the Capital Markets Act. It should be added that that only those companies that had been registered with the Istanbul Stock Exchange were subject to corporate governance principles. The Code now requires that all public limited companies should follow corporate governance principles.

The Code not only lays down institutional principles, but also contains provisions with regard to rights and obligations of the members of the executive board, auditing, rights of the shareholders, transparency *etc.* The Code obliges to follows corporate governance principles.

Keywords:Corporate Governance, Principles of Corporate Governance, Public Limited Companies, the New Commercial Code

I. GİRİŞ

6102 sayılı TTK'nın kabul edilmesinden önce Türk hukukunda kurumsal yönetim ilkesi, sadece sermaye piyasası hukukuna tâbi olan anonim şirketler, hatta bu şirketlerin bir kısmını oluşturan “pay senetleri menkul kıymetler borsasına kote olmuş anonim şirketler” için gündeme gelmiştir. 6102 sayılı TTK ise, kurumsal yönetim anlayışını hem halka açık hem de kapalı tip anonim şirketler bakımından kabul etmiştir. Yeni TTK, tüm anonim şirketler bakımından asgarî kurumsal yönetim standartlarını getirdiğinden, menkul kıymetleri borsada işlem gören anonim şirketler için SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin yanı sıra, TTK'nın öngördüğü kurumsal yönetim ilkeleri de uygulanacaktır.

6102 sayılı TTK, kurumsal yönetim felsefesinin nesnel adalet, hesap verilebilirlik, şeffaflık, kurumsal ve toplumsal sorumluluk gibi ilkelerini tüm anonim şirketler hukukunun kuramsal ve dogmatik düzeninin bir parçası haline getirmiş, bir anlamda somutlaştırmıştır.¹ Bu düzenlemelerle Türk şirketlerinin en iyi şekilde yönetilmeleri, kaynakların etkin bir şekilde kullanımı, bu kapsamda şirket performanslarının artması, menfaat çatışmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.

Bu çalışmada Yeni TTK ile anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili getirilen yeni düzenlemeler ayrıntılı olarak incelenektir.

II. KURUMSAL YÖNETİM KAVRAMI VE ÖNEMİ

Bir Anglo-Sakson deyimini olan “*Kurumsal Yönetim*” (*corporate governance*), bir işletmenin en iyi şekilde idaresi ve bu idarenin şeffaf biçimde izlenebilmesi ve kontrol edilmesiyle ilgili temel ilkeler şeklinde tanımlanabilir.² Çeşitli menfaat sahipleri arasındaki yetki ve hak paylaşımını dengeleme amacı taşıyan kurumsal yönetim, dört taşıyıcı kolon üzerine oturur: Şeffaflık (kamuyu aydınlatma), eşit işlem (hakkaniyet-dürüstlük), sorumluluk (dış sorumluluk) ve hesap verebilirlik (iç sorumluluk).³ Kurumsal yönetim, şeffaflık, eşit işlem, sorumluluk ve hesap verebilirlik ilkeleri çerçevesinde, şirket üst yönetiminin sahip olduğu güç ve yetkilerin keyfi kullanımının engellenmesine, işletme faaliyetlerinin etkinliğinin ve verimliliğinin artırılmasına, işletme ile ilgili tüm menfaat sahipleri arasındaki ilişkilerin geliştirilmesine ve haklarının korunmasına, işletmenin finansal tablolarının şeffaflığının ve güvenilirliğinin artırılmasına olanak sağlar.

¹Bkz. *Tekinalp, Ü.*; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 635.

²Bkz. *Pulaşlı, H.*, Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003, s. 4; *Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)*, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, N. 471a; Doktrinde yapılan diğer tanımlar için bkz. *Paslı, A.*, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul 2005, s. 21 vd.

³ Bkz. *Paslı*, s. 69 vd.; *Yavasi, M.*, A Socio-Legal and Economic Introduction to Corporate Governance Problems in the EU, 22 The Company Lawyer, s. 163-164.

Ulusal ekonomilerin büyümesi, uluslararası ekonomik ilişkilerin gelişmesi, uluslararası sermaye akışkanlığının artması, şirket hissedarlarının işletme yönetimindeki etkinliklerinin azalması, şirket yönetim kurulları ve özellikle kurul içinde Murahhas yönetici unvanını taşıyan yöneticilerin verdikleri kararların öneminin artması gibi faktörler kurumsal yönetim kavramının doğuşunda önemli bir etki yapmıştır.⁴

Dünya çapında ilgi gören kurumsal yönetim, yaygınlık kazanarak, her ilgili uluslararası kuruluş ve ülke, bu konuda davranış kodeksleri çıkarmıştır. Ancak anılan ilkelerle ilgili son söz henüz söylenmemiştir. Bu ilkelerin, davranış kuralları mı yoksa geleceği şekillendiren ilkeler mi oldukları açıklık kazanmamıştır.⁵

III. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNDAN ÖNCE TÜRKİYE'DE KURUMSAL YÖNETİMLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Uluslararası alanda "corporate governance" terimi ile anılan kurumsal yönetim ilkeleri, esasında hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmüştür. Ancak diğer anonim şirketlere ve tüm işletmelere hatta yönetim ve denetimin olduğu her kuruma ve kuruluşa, nihayet Devlete de tavsiye edilecek bir kapsam ve yaygınlık kazanmıştır. Türk hukukunda da kurumsal yönetim ilkesi, 6102 sayılı TTK'nın kabulünden önce sadece sermaye piyasası hukukuna tâbi olan anonim şirketler, hatta bu şirketlerin bir kısmını oluşturan "pay senetleri menkul kıymetler borsasına kote olmuş anonim şirketler" için gündeme gelmiştir. Türkiye'de kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili ilk çalışma, TÜSİAD tarafından hazırlanan 2002 tarihli "Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu"dur. Bu koda özellikle yönetim kurulunun oluşumu ve çalışma şekli açısından yönetimde kurumsallaşmayı sağlayacağı düşünülen kurallar belirlenmiştir. TÜSİAD'ın kurumsal yönetim kodunu, SPK'nın OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)'nin "Kurumsal Yönetim İlkeleri"ni temel alarak 2003 yılında hazırladığı kurumsal

⁴ Koçel T. İşletme Yöneticiliği, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 89.

⁵ Bkz. 6102 sayılı TTK'nın genel gerekçesi, 92 nolu paragraf.

yönetim ilkeleri takip etmiştir. Bu ilkeler Temmuz 2005 yılında OECD ilkelerinde yapılan değişiklik çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu tarafından güncellenmiştir. Kurumsal yönetim alanında rehber niteliğinde olan bu ilkeler, Türkiye'de ilk kez bu alandaki ortak anlayış eksikliğini gidermiştir. Söz konusu ilkeleri uygulama, şirketlerin isteğine bırakılmıştır. Ancak SPK, 10.12.2004 tarihli Kurul kararıyla şirketlere, faaliyet raporlarına ek olarak “kurumsal yönetim ilkeleri uyum raporu” hazırlama yükümlülüğünü getirmiştir. Raporda, SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri’nden hangi prensiplere uyulduğu, hangi prensiplere uyulmadığı, uyulmayanlar hakkında uyulmama gerekçeleri ile bu prensiplere tam olarak uyulmaması sonucunda meydana gelecek çıkar çatışmalarına ilişkin bilgiler açıklanmaktadır. Bu sistem “uygula, uygulamıyorsan açıkla” şeklinde ifade edilmiştir⁶.

Türkiye’de kurumsal yönetimle ilgili diğer bir düzenleme de İMKB tarafından 2007 yılında yayınlanan “İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kurumsal Yönetim Endeksi”dir. İMKB Kurumsal Yönetim Endeksi, İMKB pazarlarında işlem gören (Gözaltı Pazarı ve C listesi hariç) ve Sermaye Piyasası’nda Derecelendirme Faaliyeti ve Derecelendirme Kuruluşlarına İlişkin Esaslar Tebliği kapsamında, kurumsal yönetim ilkelerine uyuma ilişkin olarak belirlenmiş derecelendirme notu 10 üzerinden en az 7 olan şirketlerin hisse senetlerinden oluşmaktadır. 01.11.2011 tarihi itibarıyla endekste 33 şirket bulunmaktadır.⁷ İMKB Kurumsal Yönetim Endeksi, kurumsal yönetim uygulamalarının

⁶ Bu konuda Pulaşlı, 6102 sayılı TTK’da kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde kabul edilen ilke ve yeniliklerin, halka açık ve halka açık olmayan bütün anonim şirketler için emredici olarak düzenlendiğini gözden kaçırarak, 6102 sayılı TTK’da öngörülen kurumsal yönetim ilkeleri için de, “uygula ya da açıkla” ilkesinin geçerli olduğunu iddia etmiştir. Oysa aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6102 sayılı TTK, bağımsız denetim, eşit işlem ilkesi gibi, SerPK’da mevcut bir çok kurumsal yönetim ilkesini emredici olarak düzenlediği gibi, kurumsal yönetim ile doğrudan ilgili olmasına rağmen SerPK’da mevcut bulunmayan bazı temel kurallar da içermektedir. Örneğin, riskin erken saptanması ve yönetimi (TTK m. 378), yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki finansal planlama görevi (TTK m. 375/1-c) ve bilgi toplumu hizmetleri bağlamında internet sitesi, 6102 sayılı TTK’da öngörülen kurum ve kurallardır.

⁷ <http://borsaistanbul.com/data/Brosurler/Kurumsal%20Y%C3%B6netim%20Endeksi.pdf>.

gelişmesine yardımcı olmak, şirketleri kurumsal yönetim uygulamaları ve öteki şirketlere referans olmaları konusunda teşvik etmek amacıyla düzenlenmiştir.

IV. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNDA KURUMSAL YÖNETİME İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELER

1. Yönetim Kurulu İle İlgili Düzenlemeler

Kurumsal yönetim ilkelerinin en önemli ilgi alanı yönetim kuruludur. Yönetim kurulu, şirketin kurumsal yönetim yapısının en üstünde yer alan, pay sahipleri, yatırımcılar ve diğer paydaşlara karşı birinci derecede sorumlu olan organdır.

Yeni TTK, yönetim kurulunu hem yapısal hem de işlevsel yönden kurumsal yönetim ilkelerini gözeterek düzenlemiştir. Kurumsal yönetim anlayışına uygun olarak profesyonel yönetim kurulu ilkesini kabul etmiştir. Bu kapsamda üyelerin pay sahibi olma şartı kaldırılarak, hem pay sahibi sayısından fazla üyeden oluşan bir yönetim kuruluna imkan tanınmış hem de, yapay çözümlere başvurulmadan, uzman ve profesyonel yönetim kurullarının kurulabilmesinin yolu açılmıştır.⁸ Bu düzenleme ile aynı zamanda yönetim ile sermaye sahipleri arasındaki farklılık belirgin hale getirilmiştir. 6102 sayılı TTK, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin üye olmasına imkan tanımıştır. Yine yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişilerin tam ehliyetli olması gerektiği açıkça ifade edilerek, 6762 sayılı TTK döneminde yapılan ayırt etme gücü bulunan küçük ve kısıtlıların yönetim kurulu üyesi olup olmayacağı konusunda yapılan tartışmalara son verilmiştir. Profesyonel tüzel kişilerin şirket yönetim kurullarında yer alması öngörülerek, söz konusu tüzel kişilerin sorumluluk taşıması da arzu edilmiştir. Bu nedenle 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, tüzel kişi temsilcisi olarak ya da tüzel kişinin önerdiği kişi olarak genel kurul

⁸Bkz. 359. maddenin 1. fıkrasının gerekçesi (b); *Kırca, İ.* (Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku C. I, Temel Kavram ve İlkeler Kurulu Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 413.

tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişilerin sadece şahsi sorumlulukları yerine, tüzel kişilerin bizzat sorumluluğu kabul edilmiştir.

6102 sayılı TTK'nın 367. maddesi, 6762 sayılı TTK'nın 319. maddesinin ikinci fıkrası hükmü gibi, yönetim yetkisinin, bazı yönetim kurulu üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devredilmesini düzenlemektedir.⁹ Ancak yeni düzenlemede yetki devrinin ve bölünmesinin içeriği ve sınırları daha ayrıntılı düzenlenerek bu konudaki tereddütler giderilmiştir. Söz konusu hükümlerle, yönetim kurulu yanında ondan tamamen bağımsız, "yönetim" diye adlandırılan bir organ yaratılmamış, sadece şirketin işletme amacının elde edilebilmesi için gerekli tüm kararların alınması hakkının, bazı yönetim kurulu üyelerine ve/veya üçüncü kişilere (*gestion, Geschäftsführung, management*) kısmen veya tamamen devrine imkân verilmiştir.¹⁰

Anonim şirket organlarının görev ve yetkilerinin keskin çizgilerle belirlenmesi, kurumsal yönetim ilkelerinin, özellikle şeffaflık ilkesinin etkin bir şekilde uygulanması açısından büyük bir önem taşımaktadır. Zira şeffaflık, şirketin mali yapısının saydamlığı yanında kurumsal yapının da netliğini de gerektirmektedir. Ayrıca organların aldıkları kararlar konusunda hesap verebilir durumda olma yükümlülüğü ve ilgililere karşı sorumlu olmaları, bu organların hukuki konumlarının netleştirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda, 6102 sayılı TTK, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini altı bend halinde sayarak, genel kurul-yönetim kurulu ilişkisinde her şeye kadir bir genel kurul modelini reddetmiş, onun yerine organlar arasında

⁹ Devir, kural olarak temsil yetkisinin devrini içermez. Bunun için temsil yetkisinin 370. maddeye göre ayrıca veya aynı işlemde açıkça belirtilmek suretiyle devri gerekir. Bkz. TTK'nın 367. maddesinin gerekçesi.

¹⁰ Yeni getirilen yönetim düzeni, anonim şirketlerin gereksinim duyduğu yönetim şekli için büyük bir esneklik sağlamıştır. Bu sistem, yönetim kurulu üyelerini, ABD'de uygulanan, yönetim hakkını haiz olan (*intern, executive*) ve olmayan (*exter, non-executive*) üyeler ayrımına tâbi tutmaya elverişli olduğu gibi, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (*dualist*) anlayış uyarınca oluşturulmasına da imkân vermektedir. Hatta Fransa'da geçerli "*Président Directeur Général*" sisteminin uygulanmasına da müsaittir. Bkz. TTK'nın 367. maddesinin gerekçesi.

görevler ayrılığına dayalı eşitlikçi modeli benimsemiştir. Bu suretle, çoğunluk pay sahiplerinin genel kurulu kullanarak azlığın aleyhine yönetime müdahale etme imkanları ellerinden alınmıştır. Ayrıca bütün anonim şirketler için geçerli olacak biçimde yönetim kurulunun temel görev ve yetkilerinin devrinin yasaklanmasıyla da bu görev ve yetkilerden doğan sorumluluğun daima yönetim kuruluna ait olacağı, yönetim kurulunun bu sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir.¹¹

6102 sayılı TTK'nın 375. f.1, b. c) maddesi hükmü, yönetim kurulunun sadece devredilemez bir görev ve yetkisine işaret etmemekte, aynı zamanda yönetim kurulunun bir temel kurumsal yönetim kurumu olan iç denetim mekanizmasını kurmakla görevli olduğunu da ifade etmiştir.¹² Madde gereğinden de anlaşıldığı üzere, "finans denetimi" terimi ile iç denetim kastedilmiştir.¹³ Finans denetimi veya iç denetim sadece halka açık şirketler için değil, bütün şirketler için öngörülmüştür. Şirketin büyüklüğü veya halka açık olup olmaması, sadece kurulacak sistemin niteliği ve hacmini etkileyebilir. Kanunun bu açılımı bir yandan, kurumsal yönetim yaklaşımının kanunen somutlaşması, diğer yandan da işletme iktisadının iç kontrol kurallarının Kanuna yansımaları demektir.¹⁴

6102 sayılı TTK'nın 366. maddesinin 2. fıkrasına göre, yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla, içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir. Söz konusu hükümde 6762 sayılı TTK m. 318/II'den farklı olarak iç denetim amacıyla da komite ve komisyon kurulabileceği, komite ve komisyonlarda yönetim kurulu üyesi olmayan kişilere de yer verilebileceği öngörülmüştür.¹⁵ Söz konusu bu komite ve komisyonlar,

¹¹ *Kırca*, (Şehirli/Manavgat), s. 539.

¹² *Tekinalp*, Alacakaptana Armağan, s. 641.

¹³ Bkz. madde 375 bend c) nin gerekçesi.

¹⁴ *Tekinalp*, Alacakaptana Armağan, s. 641.

¹⁵ Bu komiteler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Doğan*, B. F.; Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 83.

yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarının sağlıklı bir biçimde yerine getirilebilmesine katkı sağlayacaktır.

6102 sayılı TTK'nın, 378. maddesinde belirtilen "riskin erken saptanması ve yönetimi" komitesi ise ilk defa bu Kanun'la hukuk sistemimize girmiştir. Şirketin varlığını, gelişimini ve devamını güvence altına almayı amaçlayan bu düzenleme, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu komite, TTK'nın 375. maddesinin c) bendinde tüm anonim şirketler için öngörülmuş finans denetimi ve denetim komitesi yanında bir diğer iç kontrol mekanizması işlevini görmektedir. Ancak denetim komitesi şirket yönetimini gözetim altında tutarken, bu komite sadece risklere odaklanmaktadır. Ayrıca denetim geçmişe yönelik bir inceleme iken, risk yönetimi gelecekle ilgilidir.¹⁶ Yine denetimin yönetimi söz konusu değilken, risk yönetilebilir.¹⁷

6102 sayılı TTK'nın 378. madde hükmü ile, payları borsada işlem gören şirketlere uzman bir komite kurma zorunluluğu getirilirken, diğer şirketlerde denetçinin böyle bir komite kurulması gerekliliğini yönetim kuruluna bildirmesi üzerine kurulması zorunlu hale gelmektedir. Riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi, bazı yönetim kurulu üyelerinin görevlendirilmeleri suretiyle oluşturulabileceği gibi, tamamen üçüncü kişilerden de oluşturulabilir. Kanun koyucu risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesine aynı zamanda bir iç denetim komitesinin görevlerini de yüklediğinden, halka açık şirketlerde bu komitenin bir tarafsız yönetim kurulunun başkanlığında çalışması uygun olacaktır.¹⁸ Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporla durumu değerlendirerek, varsa tehlikelere işaret edecek ve çözüm yollarını gösterecektir. Bu rapor yönetim kurulunca denetçiye de gönderilecektir.

¹⁶ Risk yönetimi, doğrudan şirkete yönelik yakın ve ciddi bir tehlike mevcut olmasa da, şirketin ülke, piyasa, likidite, sektör ve enflasyon riskleriyle konjonktürel risklerden korunması ve muhtemel tüm risklerin kontrol altında tutulmasını sağlayan önlemlerin uygulanması demektir. Bkz. *Tekinalp*, Alacakaptana Armağan, s. 642.

¹⁷ Bkz. 378. maddenin gerekçesi; *Doğan*, s. 110.

¹⁸ Bkz. 378. maddenin gerekçesi.

6102 sayılı TTK'nın 557. maddesinde öngörülen farklılaştırılmış teselsül de kurumsal yönetim ile yakından ilgilidir. Bu düzenleme "executive" ve "non-executive" üye ayrımının sorumluluk hukukuna yansımadır.¹⁹ Farklılaştırılmış teselsül, 6762 sayılı Kanun döneminde geçerli olan mutlak teselsül anlayışı yerine, sorumluların tüm zararı değil, ortak kusurla birlikte vermiş oldukları aynı zararı tazmin etmelerini öngörür, ortak zarar dışındaki zararı teselsül dışında bırakır.²⁰ Farklılaştırılmış teselsül öğretisi adil olduğu gibi, modern sorumluluk anlayışına ve kurumsal yönden teselsül kavramının gerçek anlamına da uygundur.²¹

6102 sayılı TTK'nın 375. maddesinin f) bendinde yönetim kuruluna kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi görevi de verilmiştir. Söz konusu bu yetki ve görev, yönetim kurulunun devredemeyeceği ve vazgeçemeyeceği yetki ve görevler arasında sayılmıştır. Bu düzenleme, üçüncü kişilere ve ilgili kurumlara bilgi vermek yanında, yönetim kurulunun şirketi ve kendisini kurumsal yönetim kuralları, yani SPK'nın tebliğindeki liste bağlamında değerlendirmesini istemekte, böylece bu kurallara göre yönetim kurulu hem şirketi hem de kendisini denlemektedir. Söz konusu kurumsal yönetim açıklamasıyla yönetim kurulu kendisini hesap verebilirlik testine tabi tutmakta, şeffaflık ilkesine ne ölçüde uyduğunu bizzat kontrol etmekte, nihayet yönetim kurulu yönettiği şirketin kurumsal yönetim sıralamasındaki yerini de öğrenmektedir.²²

6102 sayılı TTK'da yönetim kurulunun özen yükümlülüğü, nesnel adil ve uygulanabilir kurallara bağlanmıştır. 369. maddede özen ve bağlılık yükümlülüğü olmak üzere birbirleriyle bağlantılı iki yükümlülük

¹⁹ *Tekinalp*, Alacakaptana Armağan, s. 641.

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Akdağ-Güney*, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008; *Göktürk*, Kürşat/Can, Mehmet Çelebi, Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:2 Yıl 2011, s. 248 vd.

²¹ *Tekinalp*, Alacakaptana Armağan, s. 643.

²² *Tekinalp*, Alacakaptana Armağan, s. 644.

düzenlenmiştir. Her iki yükümlülüğe yönetim kurulu üyeleri yanında yönetimle görevli üçüncü kişiler de tabi tutulmuştur. Özen yükümlülüğü, 6762 sayılı TTK m. 320’de benimsenen atıflı sistemden kurtarılmıştır. Özen borcunda tedbirli bir yöneticinin özeni esas alınmak suretiyle objektif bir ölçüt getirilmiştir. Özen borcunu düzenleyen 369. maddenin ve özen borcuyla bağlantılı olan yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin sorumluluğunu düzenleyen 553 vd. maddelerinin emredici olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, özen borcunun seviyesini düşürmeye yönelik sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır.²³

6102 sayılı TTK’nın 392. maddesi, ağır ve kapsamlı sorumluluğun bir gereği olarak, her yönetim kurulu üyesine şirketin bütün iş ve işlemleri hakkında bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmıştır. Ancak bilgilendirilen üye yönetebilir ve doğru zamanda doğru kararı alabilir.

6102 sayılı TTK’nın 1527. maddesi, 6762 sayılı TTK’dan farklı olarak, teknolojiye yaşanan gelişmeleri de dikkate alarak, yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda yapılmasına imkan tanımıştır. Buna göre, anonim şirket yönetim kurulu toplantıları tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken, bir kısım üyelerin ise elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilecektir. Bu yolla yönetim kurulunun etkin ve kolay bir şekilde toplantı yapması sağlanmıştır.

Kapalı anonim şirketlerde yönetim kurulunun görevleri kayıtlı sermaye sistemi, avans kar dağıtımı gibi yeni kurumlar sebebiyle ağırlaşmıştır.

Şirketler topluluğu kapsamında bağlı yönetim kurulunun, bağımsız yönetim kurulundan farklı olarak bağlılık raporu yayımlamak (m. 199), hakimiyetin kötüye kullanılmasından doğan kaybın denkleştirilmesini istemek (m. 22), topluluğun somut politikalarının gereği olan talimatlarına uymak (m. 203 vd.) gibi kapsamlı bir bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. 6102 sayılı TTK’nın 517. maddesi uyarınca, Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurulu’nun yayınladığı 27

²³ Bkz. *Kırca*(Şehirli Çelik/Manavgat), 662; *Spindler*, MünchKomm AktG, § 93 Nr. 26.

numaralı konsolidasyon standardına göre yükümlü işletme ve bu işletmenin ana şirket olması halinde bu şirketin yönetim kurulunun, topluluk finansal tablolarını ve faaliyet raporunu hazırlamak, topluluk denetçisine toplulukla ilgili bilgi ve belge vermek (m. 401.3), topluluk bağıllık raporunu sunmak, bağlı şirketlerin kayıplarını denkleştirmek gibi yükümlülükleri ve bundan doğan sorumlulukları bulunmaktadır (m. 202.1). 6762 sayılı TTK'da, yönetim kurulu üyeleriyle ilgili olarak sadece m. 309 ile 304 vd. ve 336 vd. hükümleri bağlamında tek sorumluluk davası düzenlenmişken, 6102 sayılı TTK, anılan hükümleri karşılayan 559-551 ve 553 vd. maddeleri yanında, 202, 204 ve 206. madde hükümlerini de öngörmüştür. Yine 193. maddede, birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili özel sorumluluk halleri düzenlenmiştir.²⁴

6102 sayılı TTK'nın 68 vd. maddelerinde finansal tabloların, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nın özdeşi olan Türkiye Muhasebe Standartları'na göre hazırlanması gerektiği belirtilmiştir. Büyük sermaye şirketleri finansal tablolarını bu standartlara göre hazırlamak zorundadır. Ancak Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurulu, orta ve küçük ölçekli sermaye şirketleri, şahıs şirketleri, tek kişi işletmeleri ile KOBİLER için özel standartlar yayımlayacaktır. Bu suretle hesap verebilirlik ve şeffaflık yönünde bir devrim gerçekleştirilerek, Türkiye'nin uluslararası piyasaların dilini kullanmasının ve pay sahiplerinin güvenilir bir şekilde hesap almasının yolu açılmıştır.²⁵

2. Pay Sahiplerinin Korunması İle İlgili Düzenlemeler

Kurumsal yönetim açılımının çıkış noktası yatırımcının, yani dar anlamda pay sahibinin şirketteki konumunun düzeltilmesi ve korunmasıdır.²⁶ Yatırımcı olmadan sermaye şirketi düşünülemez. Bu nedenle Yeni Kanun pay sahipleri demokrasisine önem vererek, pay sahibinin hakları konusunda köklü değişiklikler yapmıştır.

²⁴ Tekinalp, Alacakaptana Armağan, s. 640 vd.

²⁵ Tekinalp, Alacakaptana Armağan, s. 647.

²⁶ Tekinalp, Alacakaptan'a Armağan, s. 636.

Doktrinde yazılı olmayan bir temel hukuk ilkesi olarak kabul edilen eşit işlem ilkesi²⁷, 6102 sayılı TTK'nın 357. maddesiyle kanunî bir ilke hâline getirilmiştir. Eşit işlem ilkesi, anonim şirketin kaderini belirleme gücünü elinde bulunduran çoğunluğun ve yönetimin, öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir sınırlama getirmektedir.²⁸ Eşit işlem ilkesi, pay sahiplerini eşitsizliğe karşı koruduğundan ve onlara asgarî bazı hakların tanınmasını güvence altına aldığından, mevcut ve gelecekteki pay sahiplerinin sermaye piyasasına güven duymasına, dolayısıyla hem anonim şirketler hukukunun hem de sermaye piyasasının etkin bir şekilde işlemesine büyük bir katkı sağlamaktadır. Eşit işlem ilkesi, esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını da sağlamaktadır.²⁹ Bu nedenle eşit işlem ilkesi, kurumsal yönetim ilkelerinin temel kolonlarından hakkaniyet ilkesi ile yakından ilgilidir³⁰. Nitekim SPK'nın kurumsal yönetim ilkelerinde eşit işlem ilkesi, pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına katılımının sağlanması bağlamında özel olarak dikkate alınmıştır.³¹ TTK'nın 391. maddesinde eşit işlem ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları butlan yaptırımına tabi tutulmuştur. Ayrıca eşit muamele ilkesini gelecek için sürekli olarak ortadan kaldırmayı ve pay sahiplerine keyfî muamelede bulunmayı amaçlayan esas sözleşme değişikliğine ilişkin bir genel kurul kararı bâtil sayılmalıdır. Zira eşit işlem ilkesi, TTK'nın 357. maddesinde temel ilkeler başlığı altında düzenlenerek, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulma hakkı, temel haklardan biri olarak kabul edilmiştir. Eşit işlem

²⁷ Bkz. Omağ, M. K., Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1986, C. I, S. 1, s. 1 vd., 4; SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, 1. Bölüm, 8. 1. Söz konusu SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde de, tüm pay sahiplerine eşit muamele edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

²⁸ Doktrinde eşit işlem ilkesinin çoğunluk ilkesi karşısında adaleti sağlayıcı foksiyonuna vurgu yapılmaktadır. Bkz. Yıldız, Ş., Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s. 58 vd.; Şehirli Çelik(Kırca/Manavgat), s. 133.

²⁹ Bkz. TTK'nın 357. maddesinin gerekçesi.

³⁰ Bkz. Paslı, s. 182 vd.

³¹ Bkz. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, m. 1.1.1., 1.3.5.; 1.3.6.

hakkının sürekli olarak kaldırılması, ahlâka ve adâba aykırı olacağı gibi, anonim şirketin temel yapısı ve niteliği ile de bağdaşmaz.³²

6102 sayılı TTK, pay sahiplerine bazı yeni haklar da tanımıştır. Ayrıca mevcut bazı haklar ise genişletilerek modern bir yapıya kavuşturulmuştur³³. Bu kapsamda genel kurulda temsilci aracılığıyla oy verilmesi, çağdaş uygulamalara uygun bir sisteme bağlanmış, özel denetçi talep hakkı bireysel bir hak haline dönüştürülmüş, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı genişletilerek modern yapıya kavuşturulmuş ve oyda imtiyaz sınırlandırılmıştır. Pay sahiplerine birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi yapısal değişikliklerde, haklarının özdeşini talep etme, şartları varsa şirketten çıkma, inceleme, denetleme ve iptal davası başta olmak üzere, birçok dava hakkı tanınmıştır.

Yeni TTK azlık hakları alanında da önemli iyileştirmeler sağlamıştır. Haklı sebeplerle fesih hakkı gibi yeni azlık haklarının ihdas edilmesi, genel kurul toplantısına ilişkin olarak azlığa tanınan bilânço görüşmelerinin ertelenmesini talep hakkının sağlıklı bir düzenlemeye kavuşturulması bunlar arasında sayılabilir.

3. Genel Kurul İle İlgili Düzenlemeler

6102 sayılı TTK'nın 407. maddesi ile yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin genel kurula katılmaları zorunluluğu getirilerek, Kurumsal Yönetim İlkeleri'nden biri olan "hesap verebilirlik" yönünde önemli bir adım atılmıştır. Murahhas üyeler ile en az bir yönetim kurulu üyesi ve denetçi bakımından genel kurula katılma yükümlülüğü öngörülmüştür.

Kurumsal Yönetim İlkeleri'nden biri olan "Hakkaniyet" (dürüstlük) ilkesi bağlamında genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda genel kurul kararlarının butlanı ilk defa düzenlenmiştir³⁴.

³² Bkz. *Karasu*, Emredici Hükümler, s. 82; *Moroğlu*, s. 38.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Karahan, S./Bozgeyik H.*; *Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, Konya 2012, s. 603 vd.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Karasu, R.*, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, s. 1239 vd.; *Korkut, Ö.*; 6012 Sayılı Türk Ticaret

Yeni TTK ile genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy kullanma mümkün hale gelmiştir. Bu yolla genel kurula katılım artırılarak genel kurulda “güç boşluğu” sorununun çözümüne katkı sağlanacaktır. 6102 sayılı TTK’da, bir anonim şirket pay sahibinin genel kurulda azami olarak temsil edilmesinin sağlanması amacıyla, genel kurulda temsilci aracılığıyla oy verilmesi çağdaş uygulamalara uygun bir sisteme bağlanmıştır. Bu kapsamda pay sahibinin temsiline ilişkin 6762 sayılı Kanunda yer almayan yeni kurumlar öngörülmüştür. “Organ temsilcisi”, “bağımsız temsilci”, “kurumsal temsilci” ve “tevdi temsilcisi” olmak üzere dört farklı toplu temsil türü öngörülmüştür (m. 428-431). Özellikle kurumsal temsilci kurumu ile bir taraftan oy haklarının belli görüşler ve öneriler yönünden örgütlenmesi gerçekleşecek, diğer taraftan da “güç boşluğu” sorununun sakınca yaratmayacak bir düzeye indirilmesi gerçekleşmiş olacaktır. Dağınık oyların kurumsal yönetim ilkeleri esas alınarak örgütlenmesi, kurumsal yönetim kavramının temel amacı olan pay sahiplerinin konumunu güçlendirecektir.³⁵

6102 sayılı TTK’nın 434. maddesinde, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaatler dengesinin ayarlanması, azınlığın çoğunluk karşısında korunması ve azınlığın da yönetime katılımının sağlanması amacıyla birikimli oy kullanma yöntemi³⁶ kabul edilmiştir.

6102 sayılı TTK’nın 419. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, yönetim kurulu, genel kurulun çalışma esaslarını belirleyen bir iç yönerge hazırlamak zorundadır. Bu iç yönergenin asgari unsurları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Yönetim kurulları hazırladıkları iç yönergeleri genel kurulun onayına sunarlar. Onaydan

Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012. s. 1 vd.

³⁵ Tekinalp, Alacakaptana Armağan, s. 640 vd.

³⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nilsson, G. O., Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003 C I., (563 vd).

sonra tescil ve ilan edilir. Söz konusu bu düzenleme de genel kurulun işleyişi konusunda şeffaflığı artıran bir düzenlemedir.

4. Denetim İle İlgili Düzenlemeler

6102 sayılı TTK ve 660 sayılı KHK ile sermaye şirketlerinin denetimine ilişkin hükümler tamamen değişmiştir. 6102 sayılı TTK, bir şirket organı olan, ancak mesleki kalite şartı aranmayan murakıpları (denetim organı) kaldırarak, yerine bağımsız denetim kurumunu getirmiştir³⁷. Bağımsız denetim ile, şirketin kanunî organı olmayan ve herhangi bir şekilde veya sıfatla şirket bünyesi içinde yer almayan, tarafsız ve uzman denetçiler aracılığıyla yapılan denetim kastedilmektedir. Şirketin veya topluluğun finansal ve konsolide tablolarının ve yıllık raporlarının, Kanuna, Türkiye Muhasebe Standartları'na ve esas sözleşmeye uygunluk açısından denetlenmesi zorunluluğu getirilmektedir. Denetim sonucunda hazırlanacak raporda, yönetim kurulunun yasalara uygun hareket edip etmediği, şirketin varlığını tehdit eden olguların bulunup bulunmadığı, ticarî defterlerin hukuka uygun tutulup tutulmadığı, finansal tabloların ve yıllık raporun dürüstlük ve şeffaflık ilkesine uygun düşüp düşmediği, denetimin kapsamı ve niteliği belirtilmektedir. Bağımsız dış denetimden geçmeyen finansal tablolar ve yıllık raporlar, düzenlenmemiş hükmünde sayılmaktadır.

6335 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 6102 sayılı TTK'nın 397. maddesine eklenen dördüncü fıkraya göre, denetime tabi olacak şirketler Bakanlar Kurulu'nca belirlenecektir. Yeni değişiklik ile bağımsız denetim, tüm sermaye şirketlerine değil, Bakanlar Kurulu'nca denetime tabi olduğu belirlenen şirketlere uygulanacaktır. Bakanlar Kurulunun 2012/4213 sayılı kararı ile de bağımsız denetime tabi olacak şirketler belirlenmiş ve söz konusu Karar 23.01.2013 tarih ve 28537 sayılı Resmi

³⁷Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Özkorkut, K., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ve Yeminli Malî Müşavirler, Batider, 2005, C. XXIII Sa. 2, s. 31 vd.; Kaya, Mustafa İsmail: Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out Right), EÜHFHD, C. XI, Sa. 1-2 (2007), s. 307 vd.*

Gazetede yayımlanmıştır. Bu Karar ekinde I ve II sayılı listede belirlenen ve bazı ölçekleri yakalayan şirketler ve grup şirketler bağımsız denetim kapsamına alınmıştır. 28.03.2013 tarihinde kabul edilen Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına dair 6455 sayılı Kanun'nun 80. maddesi ile yukarıda belirtilen I ve II sayılı listede yer alan denetime tabi olan şirketler dışındaki bütün anonim şirketler de denetime tabi tutulmuştur. Bu konudaki ayrıntılı düzenlemelerin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür. Kanunun denetçinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri, bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır.

6102 sayılı TTK'nın 400. maddesine göre, denetçi, bağımsız denetim yapmak üzere, 01.06.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilecektir (TTK m. 400).

660 sayılı KHK'da “kamu yararını ilgilendiren kuruluşların” denetiminin sadece bağımsız denetim kuruluşları tarafından yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, bu kuruluşlarda bağımsız denetçilerin (YMM, SMMM) denetçilik yapma yetkisi bulunmamaktadır.³⁸

Denetçilerin sorumluluğu 6102 sayılı TTK'nın 554. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçinin kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu

³⁸“Kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar”, KHK'nın 2/I-ğ maddesinde; “halka açık şirketler, bankalar, sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, faktoring şirketleri, finansman şirketleri, finansal kiralama şirketleri, varlık yönetim şirketleri, emeklilik fonları, ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları ile faaliyet alanları, işlem hacimleri, istihdam ettikleri çalışan sayısı ve benzeri ölçütlere göre önemli ölçüde kamuoyunu ilgilendirdiği için Kurum tarafından bu kapsamda değerlendirilen kuruluşlar” şeklinde tanımlanmıştır.

hareket etmesi halinde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan dolayı sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Kusuru iddia eden ispatlayacaktır.

660 sayılı KHK'da da denetçilerin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcuttur. KHK'nın 24. maddesine göre, bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler; denetledikleri finansal tablo, bilgi ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları bağımsız denetim raporlarının denetim standartlarına aykırı olması ile bu raporlardaki yanlış, eksik ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumludurlar. 660 sayılı KHK'nın 24. maddesinde, 6102 sayılı TTK'nın 554. maddesinden farklı olarak kusur şartından açıkça bahsedilmemiştir.

Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler, verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla genel şartları Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenecek sorumluluk sigortasını yaptırmak zorundadır.

660 sayılı KHK'nın 3. maddesine göre, Kamu Gözetim Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu Karamnamede belirtilen görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz ve idari özerkliğe sahip, Başbakanlıkla ilişkili bir kamu kurumudur. Başbakan, bu kurumun, yönetimi ile ilgili yetkilerini gerekli gördüğü takdirde bir bakan eliyle yürütebilir. 26.11.2011 T. ve 28124 K. sayılı RG'de yayımlanan tezkere ile bu kurum Maliye Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir.

660 sayılı KHK ile, Kurul üyelerinin atanması açısından hükümete bağımlı bir Kurum oluşturulmuş olsa da, çalışma şekli ve karar alma süreci açısından özerk ve bağımsız bir kurum oluşturma hedeflenmiştir. Zira KHK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasında, Kurulun görevini yaparken bağımsız olduğu, hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurulun kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Yine Kurul Başkan ve üyelerinin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez.

5. Malvarlığının Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler

Sermayenin korunması ilkesinin anonim şirketler hukukundaki itibarlı konumu, Kara Avrupası'nda son yıllarda sorgulanmakla birlikte büyük çoğunluk, sınırlı sorumluluk sisteminin sermayenin korunması ilkesi olmadan ayakta kalamayacağını, bu nedenle ilkenin hâlâ anonim şirketler hukuku açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu kabul etmektedir³⁹. Gerçekten de anonim şirketlerde alacaklılara karşı tek teminat, şirket malvarlığı olduğundan, malvarlığın ve bu malvarlığın bir parçası olan şirket sermayesinin korunması büyük önem taşımaktadır.

Anonim şirketlerin malî durumunun iyi olması nasıl pay sahipleri, çalışanlar, alacaklılar gibi bazen sayıları milyonları bulan çok geniş bir çevreye yarar sağlıyorsa, malî durumunun bozulması hâlinde de aynı kişiler ve ülke ekonomisi bundan zarar görmektedir. Anonim şirketin borçlarından dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu olması ve pay sahiplerinin de şirket borçlarından şahsen sorumlu tutulmaması, şirket sermayesi ve malvarlığının korunmasının önemini özellikle şirket alacaklıları açısından daha da artırmaktadır.

6102 sayılı TTK'da anonim şirket sermayesinin eksiksiz teşekkül etmesini ve korunmasını sağlayıcı çok sayıda hüküm öngörülmüş ve bu hükümlere aykırı genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanla sakat olduğu kabul edilmiştir⁴⁰. Bu kapsamda sermayenin korunması ilkesi açık bir şekilde kabul edilmiştir. Yine özellikle anonim şirketin kuruluşuna ilişkin maddelerin gerekçelerinde de sermayenin korunması ilkesine vurgu yapılmıştır. Söz konusu ilke, anonim şirketlerde sınırlı sorumluluğun bir sonucu olarak nitelendirilmiş ve şirket alacaklılarının korunması amacı açıkça ifade edilmiştir⁴¹. Ancak anonim şirketin malvarlığının korunmasının alacaklıların yanında pay sahiplerinin ve şirketin çıkarına olduğu dikkate alındığında, ilkenin yalnızca şirket alacaklılarını koruduğu şeklinde bir sonuca varılmaz.⁴²

³⁹Bkz. 6102 sayılı TTK'nın Genel Gereğesi, 58 nolu paragraf.

⁴⁰Bkz. TTK 391.1.c., TTK m. 447.1.c.

⁴¹ Bkz. Genel gereğçe, Nr.57 ve 66.

⁴²Bkz. *Şehirali* (Kırca/Manavgat), s. 126; *Paslı*, s. 218.

*6102 sayılı TTK'da sermayenin korunması amacıyla öngörülen başlıca emredici hükümler şunlardır:*⁴³

- Asgarî sermaye tutarına ilişkin hüküm (m. 332)⁴⁴,
- Şirketin TTK'nın 379. vd. maddelerine aykırı olarak kendi hisse senetlerini iktisap edemeyeceği ve rehin olarak alamayacağına ilişkin hükümler (m. 379 vd.),
- Esas sermayeyi oluşturan payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt olunduğunun, esas sözleşmenin altında yer alan bir noter şerhi ile onaylanmasına dair hüküm (m. 341)⁴⁵,
- Aynî sermaye konulabilecek malvarlığı unsurlarına ilişkin hüküm (m. 342)⁴⁶,
- Aynî sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve ayınlara, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilmesine dair hüküm (m. 343)⁴⁷,
- Nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin ödenmesine ilişkin hüküm (m. 344)⁴⁸,

⁴³ Bkz. *Karasu*, Emredici Hükümler İlkesi, s. 68 vd.

⁴⁴ Alacaklılara güvence sağlamak amacıyla birçok AB üyesi asgarî sermaye rakamını yükseltmiştir. Asgarî sermaye olmadan sınırlı sorumluluk olmaz düşüncesi Avrupa'da hâlâ hakimdir. Bkz. TTK Genel Gerekeçe, 60 nolu paragraf.

⁴⁵ Söz konusu hüküm, sağlıklı bir kuruluşun gereği olan sermayenin korunmasına ilişkin denetimi, noter aşamasında başlatmakta, kuruluşta sorumluluk taşıyan kişiler arasına noteri de katmaktadır. Madde notere imzaların onayı yanında, payların tamamının kayıtsız ve şartsız taahhüt olup olunmadığını inceleme görevini vermektedir. Taahhüdün şartsız ve taahhüt konusunun da yüksüz olması gereği, 335. ve 342. maddelerde öngörülmüştür. Bkz. TTK'nın 341. maddesinin gerekçesi.

⁴⁶ Bu hükümde, üzerinde sınırlı aynî bir hak, haciz veya tedbir bulunan, nakden takdir ve devrolunamayan ayınlara anonim şirkete sermaye olarak konulması, sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz bulunmuştur. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında, 128. maddeye yapılan atıfla, sermaye olarak konulan para dışındaki değerlerin korunması amaçlanmıştır.

⁴⁷ 6762 sayılı TTK'nın 283. maddesi ve 303. maddesinin ikinci fıkrasıyla benzerlikler taşıyan bu hüküm, aynî sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletme ve ayınlara, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilmesi uygulamasını, sağladığı güvenlik sebebiyle devam ettirmekte, böylece sermayenin korunması ilkesinin gereğini yerine getirmektedir. Bkz. TTK'nın 343. maddesinin gerekçesi.

- İtibarı değerinden aşağı bedelle pay çıkarılamayacağına ilişkin hüküm (m. 346),
- Kuruculara, şirket sermayesinin azalması sonucunu doğuracak bir menfaatin tanınmasına ilişkin esas sözleşme hükümlerinin geçersizliğine ilişkin hüküm (m. 348 f. 1),
- Kurucular tarafından, kuruluşa ilişkin verilen beyana dair hüküm (m. 349)⁴⁹,
- Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olamayacağına ilişkin hüküm (m. 356 f. 1),
- Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına ilişkin hüküm (m. 358)⁵⁰,
- Sermayenin kaybı veya borca batık olma durumunda, yönetim kurulunun alması gereken tedbirlere ilişkin hüküm (m. 376)⁵¹,

⁴⁸ Söz konusu maddenin 1. fıkrasında, nakit karşılığı pay taahhüt edilmiş olması hâlinde, pay bedelinin en az yüzde yirmibeşinin, tescilden önce ödenmesi zorunluğu açıkça öngörülerek, pay bedelinin ne oranda ne zaman ödenmesinin şart olduğu konusundaki belirsizlik, ortadan kaldırılmıştır. Kalan sermaye borcunun, tescili izleyen yirmidört ay içinde ödenmesi şartı ile de sermayenin korunması ilkesine uygun hareket edilmiştir. Primin tamamının ödenmesi zorunluluğu ile bir yandan taksidin mümkün olup olmadığı tereddüdünün ortadan kaldırılması, diğer taraftan da özvarlığın güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Bkz. TTK'nın 344. maddesinin gerekçesi.

⁴⁹ Kuruluş ister nakdi ister aynı nitelikte olsun kurucular kuruluş beyanı vermekle yükümlüdür. Denetimin vazgeçilemez bir parçası olan kuruluş beyanının amacı, kamuyu aydınlatarak sermayenin korunmasını sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek; kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır. Bkz. TTK'nın 349. maddesinin gerekçesi.

⁵⁰ Söz konusu hükümlerle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dâhil, birçok iş ve işlemlerde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Bkz. TTK'nın 358. maddesinin gerekçesi.

⁵¹ Bu hükümlerle pay sahiplerinin, alacaklıların, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımları ve genel ekonomik menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır. Bkz. TTK'nın 376. maddesinin gerekçesi.

- Sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen yönetim kurulu kararlarının bâtil olduğuna ilişkin hüküm (m. 391, f. 1b),
- Yönetim kurulu üyelerinin, onların yakınlarının ve ortağı oldukları şirketlerin, şirkete karşı borçlanamayacağına ilişkin hüküm (m. 395 f. 2)⁵²,
- İç kaynaklardan yapılan artırım hariç, payların nakdî bedelleri tamamen ödenmediği sürece sermaye artırılamayacağına ilişkin hüküm (m. 456 f. 1),
- Sermaye artırımında yönetim kurulunun beyan verme yükümlülüğüne ilişkin hüküm (m. 457),
- Bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetlerinin çıkarılamayacağına ilişkin hüküm (m. 484 f. 1),
- Bedelleri tamamen ödenmedikçe nama yazılı pay senetlerinin hamiline yazılı pay senetlerine dönüştürülemeyeceğine ilişkin hüküm (m. 485 f. 2),
- Bedeli tamamen ödenmemiş bulunan nama yazılı bir payı iktisap eden kimsenin, pay defterine kaydedilmekle şirkete karşı geri kalan pay bedelini ödemekle yükümlü olduğunu öngören hüküm (m. 501 f. 1),
- Hazırlık dönemi faizi dışında (m. 510), esas sermaye için faiz ödenemeyeceğine ve kâr payının ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabileceğine ilişkin hüküm (m. 509),
- Yönetim kurulu üyelerine kazanç payları dağıtılmasının şartlarına ilişkin hüküm (m. 511)⁵³,

⁵² Söz konusu hükme göre, “Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.”

⁵³ Söz konusu hükme göre, “Yönetim kurulu üyelerine kazanç payları, sadece net kârdan ve ancak kanunî yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş

- Kanunî yedek akçe ayrılması ve kullanılmasına ilişkin hükümler (m. 519, 520).

6. Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık İle İlgili Düzenlemeler

6102 sayılı TTK, kurumsal yönetim anlayışına, sadece pay sahipleri ile şirket yönetimi arasındaki menfaat çatışmasında olumlu rol oynayacak bir çözüm gözüyle bakmamış, onu yalnız pay sahiplerinin konumlarını güçlendirici bir önlemler paketi olarak değerlendirmemiş; şirketin denetlenmesini sadece pay sahiplerinin, finansal menfaatlerinin güvencede olup olmadığının, yatırımlarının iyi yönetilip yönetilmediğini onlar cephesinde incelenmesi olarak ele almamış, şirkete sadece bu menfaatin varlığı tekelliğine takılmamış, kavrama, şeffaflık çerçevesinde daha geniş bir açıdan, menfaat sahipleri yönünden de yaklaşmıştır.⁵⁴ Bu kapsamda Yeni TTK'nın 1524. maddesi ile Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin şeffaflık bloğunun ileri düzeyde uygulanması amaçlanmıştır.

Kurumsal yönetim ilkesinin sacayaklarından biri olan şeffaflık, ticarî sır niteliğindeki bilgiler hariç olmak üzere, şirket ile ilgili yönetsel ve malî bilgilerin, zamanında, doğru, eksiksiz, anlaşılabilir, yorumlanabilir ve düşük maliyetle kolay erişilebilir bir şekilde kamuya duyurulmasını ifade eder.⁵⁵ Şirketin malî yapısının denetime elverişli biçimde oluşturulması ve malî yapı ile ilgili alınan kararların izlenebilir olması, bu ilke açısından büyük bir önem taşımaktadır. Bu kapsamda 6102 sayılı TTK'da anonim şirketler için öngörülen bağımsız denetim yükümlülüğü, bu ilkenin hayata geçirilmesine büyük bir katkı sağlayacaktır.

Kamuyu aydınlatma ve şeffaflık hükümleri çerçevesinde elde edilen bilgiler sayesinde sermaye piyasası aktörleri, şirketin iktisadî yapısı, ekonomik durumu ve faaliyetleri ile yönetici ve hâkim pay sahiplerinin elde ettikleri menfaatler hakkında daha sağlıklı bir değerlendirme yapma imkânı bulurlar. Şirketin nihaî sermaye ve kontrol yapısının tam, doğru ve

sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir.”

⁵⁴ Tekinalp, Alacakaptana Armağan, s. 637.

⁵⁵ Bkz. Paslı, s. 74.

şeffaf bir şekilde bilinmesi, gerek mevcut pay sahiplerinin pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından, gerekse potansiyel pay sahiplerinin yatırım kararlarını vermesi açısından çok önemlidir. Bu yolla sermaye piyasasının açıklık ve güven içinde işleyişi sağlanmış olur⁵⁶. Yatırımcılar, şirketlerin kamuyu aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde açıkladıkları bilgiler sayesinde, yatırımlarının şanslarını ve risklerini daha iyi değerlendirme imkânı bulurlar. Şirketin malî ve idarî durumundan memnun olmadıkları takdirde şirketteki hisselerini zamanında satarak zarara uğramaktan kurtulmaya çalışırlar. Bu nedenle şirket yöneticileri yatırımcıların menfaatlerini dikkate almak zorunda kalırlar. Bu durum yatırımcılara şirket yönetimi üzerinde dolaylı bir etkiye sahip olma imkânı da sağlar⁵⁷.

Kamuya duyurulan finansal bilgiler ne kadar zamanlı ve fiyatlara yansıyan bilgi olursa, yatırımcıların piyasaya güvenlerinin o denli artacağı açıktır. Bu nedenle finansal raporlama konusu 6102 sayılı TTK ile yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile artık işletmelerin muhasebelerine, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları ışığında hazırlanan Türkiye Muhasebe Standartları uygulanacaktır⁵⁸. Böylece Türk uygulamasının bu alanda uluslararası toplumla ve piyasalarla bütünleşmesi sağlanarak hesap verebilirlik ve şeffaflık yönünde büyük bir adım atılmıştır.

6102 sayılı TTK, bağımsız dış denetime tabi olan sermaye şirketleri için bir internet sitesi oluşturma ve bu sitede şirkete ait önemli bilgilerin yer alması zorunluluğunu getirerek, dış denetime tabi olan şirketler

⁵⁶ Ünal, O. K., Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, 1. Bası, Ankara 2005, s. 366 vd.; Karasu, s. 93.

⁵⁷ Bkz. Turanboy, Insider Muameleleri, Ankara 1990, s. 188.

⁵⁸ TTK'nın 515. maddesinde, finansal tabloların Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun bir şekilde hazırlanması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre, "Anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır."

açısından kamuyu aydınlatma yerine şeffaflık kavramını ön plana çıkarmıştır. Şeffaflık kavramı, kamuyu aydınlatma kavramının aksine halka açık anonim şirketleri merkez alan bir anlayışın değil, bilgi toplumu yaklaşımının bir ürünüdür. Şeffaflık, pay sahiplerinin ve sermaye piyasasında rol sahibi tüm aktörlerin tam ve zamanında bilgilendirilmesini hedefler. Bu sitede herkese erişim olanağı, menfaat sahiplerine de erişim hakkı tanınmıştır. Erişim olanağı, anonim şirkette, pay ve menfaat sahiplerinin ihtiyaç duyduğu inter-aktif bilgileri edinmesi, bunu belirleyen ve değerlendiren şirketin projeksiyonlarının irdelenmesi, çeşitli ilişkileri açıklayan bilgiye ulaşabilmesi anlamına gelmektedir. Erişim hakkı ise, bu olanağın engellenmesi durumunda bunun dava yoluyla sağlanmasını ifade eder⁵⁹. Erişim hakkının ihlâl edilmesi hâlinde, yani internet sitesinde yer alması gerekli bir içeriğin sitede bulunmaması hâlinde, bunun siteye konulmasının dava hakkı ile desteklenmiş olması, kurumsal yönetim bakımından önemli ve etkin bir açılamdır⁶⁰. Erişim hakkı sayesinde, sermaye piyasası aktörleri, özellikle yatırımcılar, ihtiyaç duydukları şirket bilgilerine, finansal tablolara, denetleme raporlarına, genel kurul toplantısı çağrılarını ile belgelerine herhangi bir engelle karşılaşmadan ulaşabilecekler ve kararlarını bu bilgilere göre verebileceklerdir⁶¹.

6102 sayılı TTK'nın bağımsız dış denetime tabi sermaye şirketleri için bir internet sitesi oluşturma ve bu sitede şirkete ait önemli bilgilerin yer alması zorunluluğunu getirmesi ile, bu şirketlerde yönetimde şeffaflık ve bu suretle de yönetimin keyfi kararlar alması büyük ölçüde engellenecek ve daha nesnel ve hesap verebilir bir yönetimin oluşması sağlanacaktır.

7. Emredici Hükümler İlkesi

6102 sayılı TTK'nın 340. maddesine göre, *“Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak*

⁵⁹ Tekinalp, Alacakaptan'a Armağan, s. 644.

⁶⁰ Tekinalp, Alacakaptan'a Armağan, s. 645; Karasu, Emredici Hükümler, s. 101.

⁶¹ Tekinalp, Alacakaptan'a Armağan, s. 644; Karasu, Emredici Hükümler, s. 101.

hüküm doğururlar.” 6762 sayılı TTK’ya göre, Kanun’da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, TTK’nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun’da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, Yeni TTK’ya göre, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir⁶².

Yeni TTK, Türk anonim şirketlerinin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumsallaştırmayı bir hukuk politikası olarak benimseyerek, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında, kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir.

Emredici hükümler ilkesinin en önemli amacı, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine belli bir standart getirerek, hukukî güvenlik⁶³, açıklık ve öngörülebilirliği sağlamak, mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin, alacaklıların ve işçilerin menfaatini korumaktır⁶⁴. Emredici hükümler ilkesi ile her anonim şirketin iç ve dış ilişkilerine ilişkin hukukî durumu, anlaşılabilir, öngörülebilir ve karşılaştırılabilir olmaktadır. Bu ilke sayesinde, sermaye piyasası aktörlerinin her şirketin sözleşmesini inceleme ve değerlendirme külfeti ortadan kalkmakta ve bu amaçla harcanan zaman ve masraflardan tasarruf edilmektedir⁶⁵. Özellikle, bir anonim şirkette pay sahibi olmak isteyen kişilerin, asgarî bazı haklara

⁶²Ayrıntı bilgi için bkz. *Karasu*, Emredici Hükümler, s. 43 vd.

⁶³Her hak veya hürriyetin kazanılması ve kullanılmasında olduğu gibi, sözleşme özgürlüğünün de birtakım sınırlamalara tâbi kılınması hukukî güvenlik bakımından kaçınılmazdır.

⁶⁴Bkz. *Hirte*, H., Die aktienrechtliche Satzungsstrenge, Kapitalmarkt und sonstige Legimation versus Gestaltungsfreiheit, in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.) Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA, ZGR Sonderheft 13, Berlin, New Yorg 1997, s. 61, 64 vd.; *Hüffer*, AktG, § 23 Rn. 34; *Karasu*, Emredici Hükümler, s. 45

⁶⁵*Wiesner*, Zur Deregulierung des Aktienrechts, WM 1988, s. 1841 vd.; *Spindler*, G., Deregulierung des Aktienrechts?, AG 1998, s. 58 vd.

sahip olacaklarını bilmeleri, bu şirketlere, dolayısıyla sermaye piyasasına olan güveni artırmaktadır⁶⁶.

Kurumsal yönetim ilkeleri, pay sahipleri ve diğer menfaat sahiplerinin korunmasını sağlamaya yönelik önemli bir adım olmakla birlikte, bu ilkelerin anonim şirketi, hâkim pay sahiplerinin etki alanından tamamen uzaklaştırdığı söylenemez. Kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması sonucunda, anonim şirketin şeffaf ve hesap verebilir bir yapıya sahip olması, menfaat sahiplerinin haklı çıkarlarının adil bir şekilde gözetilmesi ve yöneticilerin sorumluluk rejiminin rasyonelleştirilmesi sağlanacaktır. Ancak anonim şirket, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması kaydıyla yine hâkim pay sahiplerinin iradeleri doğrultusunda yönetilecektir. Ayrıca kurumsal yönetim ilkeleri emredici hükümler ile güvence altına alınmadığı sürece, anonim şirketlerdeki nesnel adaletin ve menfaatler dengesinin çoğunluk lehine bozulmasının önlenmesi mümkün değildir. Anonim şirketlerde, çoğunluk pay sahipleriyle azlık pay sahipleri arasında çok büyük menfaat çatışmalarının yaşandığı ve bu çatışmada, yönetim kurulunun, kendisini seçen çoğunluk pay sahiplerinin tarafında olduğu bilinen bir gerçektir. Bu noktada emredici hükümler ilkesi, çoğunluğun istediği hükümleri esas sözleşmeye koymak suretiyle güçsüz pay sahiplerini zarara uğratmasını önleyici bir rol oynamaktadır. Yani emredici hükümler ilkesi, kurumsal yönetim felsefesinin en gerçekçi bir şekilde somutlaştırılmasıdır⁶⁷.

⁶⁶ Karasu, Emredici Hükümler, s. 44.

⁶⁷ Tekinalp, Alacakaptan'a Armağan, s. 651; Karasu, Emredici Hükümler, s. 105.

SONUÇ

Uluslararası alanda "*corporate governance*" terimi ile anılan kurumsal yönetim ilkeleri, esasında hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmüştür. Ancak diğer anonim şirketlere ve tüm işletmelere hatta yönetim ve denetimin olduğu her kuruma ve kuruluşa, nihayet Devlete de tavsiye edilecek bir kapsam ve yaygınlık kazanmıştır. Türk hukukunda da kurumsal yönetim ilkesi, 6102 sayılı TTK'nın kabulünden önce sadece sermaye piyasası hukukuna tâbi olan anonim şirketler, hatta bu şirketlerin bir kısmını oluşturan "pay senetleri menkul kıymetler borsasına kote olmuş anonim şirketler" için gündeme gelmiştir. 6102 sayılı TTK ise, kurumsal yönetim anlayışını hem halka açık hem de kapalı tip anonim şirketler bakımından kabul etmiştir. Yeni Kanun kurumsal yönetim felsefesinin nesnel adelet, hesap verilebilirlik, şeffaflık, kurumsal ve toplumsal sorumluluk gibi ilkelerini anonim şirketler hukukunun kuramsal ve dogmatik düzeninin bir parçası haline getirmiştir.

Ayrıca 6102 sayılı TTK ile emredici hükümler ilkesi kabul edilerek, kurumsal yönetim felsefesi en gerçekçi bir şekilde somutlaştırılmıştır. Zira bu ilke çoğunluğun istediği hükümleri esas sözleşmeye koymak suretiyle güçsüz pay sahiplerini zarara uğratmasını önleyici bir rol oynamaktadır.

ACENTENİN ÜCRETİ İLE İLGİLİ BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

Doç. Dr. Rauf Karasu*

ÖZET

6762 sayılı TTK'nın 131. maddesinin aksine, 6102 sayılı TTK'nın 116. maddesi, acentenin ücretine ilişkin bilgi alma ve inceleme hakkını kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, acenteye ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından bilgi isteme hakkı, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin verilmesini isteme hakkı ve ticari defter ve belgelerin bizzat inceleme veya uzman aracılığı ile incelenmesini isteme hakkı olmak üzere birbirini tamamlayan üç hak tanımıştır.

Bilgi ve belge talep etme hakkının aksine, inceleme hakkı daha kapsamlı bir kontrol hakkı olduğundan, bu hakkın kullanımı ağır şartlara tabi tutulmuştur. Buna göre, acentenin inceleme hakkını kullanabilmesi için, müvekkilin defter suretini vermekten kaçınması ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenlerin bulunması gerekir. Acente, müvekkilin defter ve belgelerini bizzat inceleme yerine, bir uzman aracılığıyla incelenmesini isteme hakkına da sahiptir. Bu konudaki seçim hakkı, müvekkile değil acenteye aittir.

Bilgi ve belge alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu hüküm anlamında bilgi alamayan her acente, mahkemeye başvurmaya yetkilidir.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

Acentenin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK m. 116.2 hükmü, acente lehine emredici olarak düzenlendiğinden, bu hakkın genişletilmesi mümkün olmakla birlikte, hakkı ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar geçersizdir.

Anahtar Kelimeler: Acente, Acentelik Sözleşmesi, Bilgi Alma Hakkı, İnceleme Hakkı, Ücret Hakkı

THE RIGHT OF AGENCY TO GET INFORMATION AND TO INSPECT WITH REGARD TO COMMISSION

ABSTRACT

In contrast to s. 131 of the Turkish Commercial Code No 6762, s. 11 of the Turkish Commercial Code No. 6102 deals, in detail, with the right of agency to commission, the right of agency to get information and the right of agency to inspect documents. The provision gives the commercial agency the right to ask for commission, in order to calculate due date of commission the right to ask for a copies of books records of the principal and the right to ask for inspection of the principal's commercial records.

The right to inspect the commercial books of the principal, in contrast to the right to ask for copies of records, is subject to heavier conditions. That is to mean that in order to inspect the commercial books of the principal, the principal shall avoid to give copies of them or records of the principal shall have some illegalities that the agent may have good reason to think so. The commercial agent may himself of by service of the professional inspect the commercial books of the principal. It is up to the commercial agent to choose any of them.

If the application of the agent to inspect the commercial records of the principal, the agent has right to sue the principal.

Since s. 116(2) of the Code No. 6102 lays down command for the benefit of the agent, the content of the right may be expanded. But,

agreements on the limitation or exclusion of the rights of the agent are void.

Keywords: Agency, Agency Agreement, right to get infirmation, rigt to incpection, right to commission

I. GİRİŞ

6762 sayılı TTK, acentenin ücretinin hesaplanabilmesi amacıyla sadece defter kayıtlarının bir suretinin hesap cetveli ile birlikte acenteye verilmesi hususunu düzenlemiştir¹. Bu nedenle kayıtların yetersizliği ve acentenin defterleri ile uyuşmaması halinde belirsizlik doğuyordu. Söz konusu bu eksiklikler ve belirsizliklerin giderilmesi amacıyla 6102 sayılı TTK, AET'nin 86/153 sayılı 18/12/1986 tarihli Yönergesi'ni de dikkate alarak, acentenin ücretine ilişkin bilgi alma ve inceleme hakkını “ücretin ödeme zamanı“ yan başlığı altında (m. 116.2) kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu hüküm acenteye,

- ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından bilgi isteme hakkı,
- ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin verilmesini/gönderilmesini isteme hakkı,
- ticari defter ve belgelerin bizzat inceleme veya uzman aracılığı ile incelenmesini isteme hakkı,

olmak üzere birbirini tamamlayan üç hak tanımlanmıştır.

Bu çalışmada bu haklar ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

II. ÜCRET İSTEMİ MUACCELİYETİ VE HESAPLANMASI HAKKINDA BİLGİ ALMA HAKKI

TTK m. 116.2 uyarınca, acente, ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konular hakkında bilgi talep edebilir. Acentenin bilgi alma hakkı, özellikle müvekkilin defterlerini tutmadığı veya eksik tuttuğu hallerde büyük bir önem kazanmaktadır. Zira

¹ Bkz. 6762 sayılı TTK m. 131. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Kayhan, Şaban, Türk Hukukunda Acetelik Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 139.*

bu durumlarda TTK'nın 16. maddesinin 2. fıkrasının 2. ve 3. cümlelerinde, acenteye tanınan belge verilmesini isteme ve defter kayıtlarını inceleme hakkı etkin bir şekilde kullanılamayacaktır.

Acentenin bilgi alma hakkı, acentenin bu yöndeki bir talebini gerektirmektedir. Zira TTK m. 116.2'de "acente bilgi istediği takdirde" ifadesini kullanmıştır. Ancak bilgi talebinde bulunan acente, talebinin gerekçesini veya bilgiye olan ihtiyacını yahut bilgi almadaki menfaatini açıklamak zorunda değildir. Ayrıca acente defter kayıtlarının gönderilmesini istemeden önce de bilgi talep edebilir².

Acentenin bilgi alma hakkı, ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konuları kapsamaktadır. Bu kapsamda acente, özellikle, ücret hakkının doğmasına yol açan işlemler, ücret hakkının hesaplanması için malların miktar ve fiyatları, müşterilerin adları ve adresleri, yapılan ödemeler, ödemeler için öngörülen şartlar gibi konularda bilgi isteme hakkına sahiptir³. Acentenin yaptığı bir işlemi müvekkilin icra etmemesi halinde, bunun sebepleri hakkında acentenin bilgi alma hakkından özellikle bahsetmek gerekir. Zira acente, işlemin müvekkil tarafından icra edilmeme sebebini öğrenmek suretiyle, TTK m. 114.3 hükmü gereği işlemin yerine getirilmemesinin müvekkile yüklenebilecek bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığını, dolayısıyla ücret hakkının doğup doğmadığını kontrol etme imkanına kavuşur⁴. Söz konusu hüküm uyarınca, aracılık edilen sözleşmeyi müvekkilin kısmen veya tamamen yahut öngörüldüğü şekliyle yerine getirmeyeceği kesinleşse bile, acente ücret isteyebilir. Acentenin ücret hakkı, ancak müvekkile yüklenemeyen sebeplerle sözleşmenin yerine getirilemediği hâlde ve ölçüde düşer.

² *Emde, R.*, Vertriebsrecht, Hamburg 2009, § 87c, Rn. 140.

³ Bkz. *Oetker, H.*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., München 2013, § 87c, Rn. 25; *Emde*, § 87c, Rn. 143; *Kaya, M. İ.*, Acentelik Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2014, s. 227.

⁴ Aynı yönde, *Nocker, M.*, Kommentar zum Handelsvertretergesetz (HVertrG), Wien 2008, § 16, Rn. 50; *Hoyningen-Huene, G. F. v.*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 1 Erstes Buch. Handelsstand §§ 1-104, 3. Aufl., München 2010, § 87c, Rn. 56; *Kaya, M. İ.*, s. 227.

TTK m. 116.2 hükmü, bilgi alma hakkının kapsamını, ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması ile ilgili konularla sınırladığına göre, müvekkil acentenin bu konular dışındaki bilgi taleplerini reddetme hakkına sahiptir. İstenilen bilgilerin ücret hakkının doğumu, muacceliyeti veya hesaplanması ile ilgili olduğu, acente tarafından ispat edilmek zorundadır⁵.

Müvekkilin vermekle yükümlü olduğu bilgileri, yazılı mı yoksa sözlü mü vermesi gerektiği konusunda, Kanun'da bir açıklık yoktur. Bu nedenle talep edilen bilgilerin sözlü veya yazılı olarak verilmesi mümkündür. Ancak acentelik faaliyeti kapsamında yapılan işlemlerin karmaşıklığı dikkate alındığında, bilgilerin yazılı veya bilgisayar teknolojisinin kullanılması suretiyle verilmesi, hem müvekkilin bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmesini sağlar, hem de acentenin bu hakkını işlevsel olarak kullanabilmesine imkan verir⁶.

Acenteye verilecek bilgiler özenli ve gerçeğe uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla verilen bilgiler baştan savma olmayan, sorunun cevabı niteliğini taşıyan, ilgisiz konuları içermeyen bilgiler olmalıdır. Yine bilgiler gerçeği aynen yansıtmalı, yalan ve aldatıcı nitelikte olmamalıdır.

Acentenin bilgi alma hakkı, ücret hakkından bağımsız olarak bir başkasına devredilemez, haczedilemez ve rehnedilemez⁷. Ücret hakkının devriyle birlikte bilgi alma hakkı da devralana geçer.

III. ÜCRETE BAĞLI İŞLEMLERE İLİŞKİN DEFTER KAYITLARININ SURETLERİNİN GÖNDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI

TTK'nın 16.2 hükmü uyarınca acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilinden isteyebilir. Müvekkilin defter kaydı suretini gönderme yükümlülüğü,

⁵ Aynı yönde, *Kaya*, M. İ., s. 227.

⁶ Bkz. *Kaya*, M. İ., s. 227.

⁷ *Emde*, § 87c, Rn. 20; v. *Hoyningen-Huene*, § 87c, Rn. 4; Karşı görüş için bkz. *Ebenroth/Löwisch* § 87c, Rn. 15.

acentenin bu yöndeki bir talebini gerektirmektedir. Ancak acente, talebinin gerekçesini veya defter kaydı suretine olan ihtiyacını yahut menfaatini açıklamak zorunda değildir⁸.

Acente sadece ücret hakkı ve bu hakkın yerine geçen tazminat hakkı ile ilgili defter kayıt suretlerinin gönderilmesini isteyebilir. Zira bu hakkın acenteye verilmesinin nedeni, ücretinin doğru hesaplanıp hesaplanmadığı konusunda kontrol imkanı vermektir. Bu nedenle acente ücret hakkı ile ilgili olmayan defter kayıtlarının gönderilmesini talep edemez⁹. Aynı şekilde ücret hakkı ile ilgili olmakla birlikte defter kaydı niteliğinde olmayan belgelerin suretleri de talep edilemez¹⁰. Ancak defter kayıtlarının dayanağını oluşturan belgeler de bilgi alma hakkının kapsamına girer¹¹. Ayrıca bilgi ve belge alma hakkı, acenteye ücret hakkını kontrol etmesi için tanındığından, ücret hakkı ve miktarı konusunda tarafların anlaşması halinde, bilgi ve belge alma hakkı da artık kullanılamaz¹².

Müvekkilin defter kayıtlarının suretlerini gönderme yükümlüğünün kapsamına m. 113.1'de öngörülen ücrete hak kazandıran işlemlerle ilgili defter kayıt suretleri girdiği gibi, m. 113.2 gereği belli bir bölge ya da müşteri çevresi bırakılan acentenin katkısı olmadan kurulan işlemlerle ilgili defter kayıt suretleri de girmektedir¹³. Yine acente kesin olarak doğmuş ücretlere ilişkin defter kayıtlarını talep edebileceği gibi, doğması kuvvetle muhtemel alacaklara ilişkin kayıtları da talep edebilir¹⁴.

Doktrinde ve yargı içtihatlarında aşağıdaki defter kayıt suretlerinin gönderilmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüştür¹⁵.

⁸ *Emde*, § 87c, Rn. 125; *Hoyningen-Huene*, § 87c, Rn. 42.

⁹ Bkz. BGH, NJW-RR 1989, s. 738; *Emde*, § 87c, Rn. 110; *Kaya*, M. İ., s. 229.

¹⁰ Bkz. BGH, NJW-RR 2012, s. 674; *Oetker*, § 87c, Rn. 15; *Kaya*, M. İ., s. 229.

¹¹ Bkz. *Emde*, § 87c, Rn. 110.

¹² Bkz. BGH, ZR 100/05; BGH, NJW 1981, s. 457; *Nocker*, § 16, Rn. 18.

¹³ Aynı yönde bkz. *Kaya*, M. İ., 229

¹⁴ Bkz. *Hopt*, K. J., *Handelsvertreterrecht*, 4. Aufl. München 2009, § 87c, Rz. 13; *Nocker*, § 16, Rn. 14.

¹⁵ *Emde*, § 87c, Rn. 119; *Kaya*, M. İ., 230 vd.

- TTK m. 113 anlamında acentenin katkısıyla kurulan ve onun katkısı olmadan kurulmakla birlikte ücret hakkı kazandıran her türlü işleme dair kayıtlar,
- Sözleşme yapılan müşterinin adı, adresi, sözleşme konusu mal ve işlemde dolayı elde edilen gelire ilişkin kayıtlar,
- Müşteriye sağlanan indirimler veya sağlanan diğer avantajlar ile ilgili kayıtlar,
- Sözleşmenin yerine getirilmesine dair ayrıntılar, henüz yerine getirilmediyse ne zaman yerine getirileceği, tam veya kısmi ifa olup olmadığı, ödemenin hangi ölçüde yapıldığına ilişkin kayıtlar,
- Acentelik sözleşmesine aykırı olarak müvekkilin üçüncü kişiyle doğrudan yapmış olduğu sözleşmeler hakkındaki defter kayıtları.
- Yapılan sözleşmelerin tarihi,
- Sözleşme değişikliklerine dair kayıtlar,
- Ödeme veya malın teslimi konusunda müşteriyle yapılan anlaşmalar ve varsa bunlarla ilgili kayıtlar,
- Teslim edilen malların türü ve miktarı,
- İade edilen ürün bulunup bulunmadığı, iade edilen ürünün cinsi, kapsamı ve iade nedenlerine ilişkin kayıtlar,

Müvekkil defter kayıt suretlerini istediği şekilde gönderebilir. Ancak müvekkil acenteye birçok belge sunarak bunlar arasından ihtiyaç duyduklarını seçmeye zorlanamaz¹⁶. Ayrıca müvekkil, defter kayıtlarını gönderme yerine bu kayıtların içeriğini sözlü olarak vermeyi tercih edemez¹⁷.

Defter kayıtlarının gönderilmesinden doğan masraflar müvekkile aittir. Söz konusu masraflar çok yüksek olsa dahi, müvekkilin bunu karşılaması gerekir. Müvekkil masrafların çok yüksek olduğundan

¹⁶ Bkz. *Oetker*, § 87c, Rn. 20; *Kaya*, M. İ., 231.

¹⁷ Bkz. *Emde*, § 87c, Rn. 124

hareketle acentenin defter kayıtları talep etmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu iddia edemez. Zira bir acente ile çalışan tacirin, acentenin bilgi alma ve inceleme talebiyle karşılaşacağını öngörerek, muhasebe düzenini buna göre kurması gerekir. Muhasebe düzeni öyle kurulmalıdır ki, acentenin talebi, zamanında ve büyük bir harcama yapılmadan karşılanabilsin. Bu konudaki görevini ihmal eden müvekkilin, sonuçlarına katlanması gerekir¹⁸.

IV. TİCARİ DEFTER VE BELGELERİ BİZZAT İNCELEME VEYA UZMAN ARACILIĞIYLA İNCELENMESİNİ İSTEME HAKKI

TTK m. 116.2 uyarınca, müvekkil, defter suretini vermekten kaçınırsa ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler ortaya çıkarsa, acente, ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını bizat inceleyeceği gibi, bir uzmana da inceletebilir.

Bilgi ve belge talep etme hakkının aksine, inceleme hakkı daha kapsamlı bir kontrol hakkıdır. Bu nedenle Kanun bu hakkın kullanımını daha ağır şartlara tabi tutmuştur. Buna göre, acentenin inceleme hakkını kullanabilmesi için, müvekkilin defter suretini vermekten kaçınması ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenlerin bulunması gerekir. Bu kuşku subjektif, haklı olmayan şüphelere değil, objektif gerekçelere dayanmalıdır¹⁹. Acente kuşku duymayı gerektiren somut nedenleri belirtmelidir. Bu konuda ispat yükü acenteye aittir²⁰. Ayrıca doktrinde acentenin defter ve belgeleri inceleme hakkını kullanabilmesi için acentenin defter kayıt suretlerini gönderme konusunda müvekkile makul bir süre vermiş olma şartı da aranmaktadır²¹. Defter kayıt suretlerinin uygun sürede gönderilmemiş olmasının gerekçesi

¹⁸ Bkz. BGH, ZR 149/99; *Nocker*, § 16, Rn. 37.

¹⁹ Bkz. BGH, WM 1979, s. 463; *Emde*, § 87c, Rn. 151; *Hoyningen-Huene*, § 87c, Rn. 68; *Kaya*, M. İ., 233.

²⁰ Bkz. *Emde*, § 87c, Rn. 151; *Hoyningen-Huene*, § 87c, Rn. 66; *Kaya*, M. İ., 233.

²¹ Bkz. *Emde*, § 87c, Rn. 150; *Ebenroth/Löwisch*, § 87c, Rn. 45; *Kaya*, M. İ., 232.

önemli değildir. Bu durum müvekkilin defter tutma yükümlülüğüne aykırı davranmasından kaynaklanabileceği gibi, verilen uygun sürede gönderilen defter kayıt suretlerinin istenilenlerden farklı olmasından da kaynaklanabilir²². Defter kayıt suretlerinin gönderilmemesi nedeniyle dava açılmış olması da, defter inceleme hakkının kullanılmasına engel değildir²³.

İnceleme konusu, ticari defter kayıtlarıyla sınırlı tutulmamıştır. Bu nedenle ücret hakkına ilişkin bilgilerin yer aldığı müvekkile ait tüm defter ve belgeler acente tarafından bizzat incelenebilir veya incelettirilebilir. Acente, ticari defterler yanında, ücret hakkıyla bağlantılı olmak kaydıyla, üçüncü kişilerle yapılan yazışmaları, sözleşmeleri, faturaları, teslim belgelerini, bilgisayar kayıtlarını vb. inceleme hakkına sahiptir²⁴.

Acente, müvekkilin ticari defter ve belgelerini bizzat inceleme yerine bir uzman aracılığıyla inceleme hakkına da sahiptir. Ticari defter ve belgelerdeki bilgilerin acente tarafından değerlendirilmesi kolay olmadığından, acentenin inceleme hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi, ancak bir uzman yardımıyla mümkündür.

Alman TK/HGB § 87c hükmünün²⁵ aksine TTK'da defter ve belgelerin hangi uzmanlarca incelenebileceği konusunda bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde Kaya, Türk hukukunda herhangi bir sınırlandırma yapılmamış olsa da uzman ile kastedilenin, defter tutma ve defter inceleme konusunda uzmanlığı bulunan yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirler olduğunun düşünülmesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁶. Kanaatimizce mevcut düzenlemeden böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Ancak acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma borcu

²² Bkz. *Emde*, § 87c, Rn. 150; *Kaya*, M. İ., s.233

²³ *Emde*, § 87c, Rn. 150; *Kaya*, M. İ., s. 233. Aksi görüş için bkz. OLG Nürnberg BB 1966, s. 265.

²⁴ Bkz. *Emde*, § 87c, Rn. 156; *Oetker*, § 87c, Rn. 31; *Hoyningen-Huene*, § 87c, Rn. 73; *Kaya*, M. İ.,s. 235.

²⁵ Söz konusu hükme göre, defterler yeminli mali müşavir veya denetçi tarafından incelenmelidir.

²⁶ *Kaya*, M. İ., s. 234.

ve sadakat yükümlülüğü gereği, acente herhangi bir kişi veya uzmanı seçmek yerine, mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan uzmanları seçmelidir. Bu anlamda örneğin yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya avukat seçilebilir. Böylece, bir taraftan acenteye yeterli ölçüde bir seçme özgürlüğü tanınmak suretiyle onun bu konudaki menfaati korunurken, diğer taraftan da böyle bir düzenleme ile müvekkilin ticari sırlarının üçüncü kişilere ifşa edilmesi tehlikesi büyük ölçüde önlenmiş olmaktadır. Kanun'da açık bir hüküm olmamakla birlikte, acente ticari defter ve belgeleri bizzat incelemek isterse, yanına mesleği gereği sır saklamakla yükümlü bir kişiyi de alabilir.

Kaya, TTK'nın 16.2 hükmünü eleştirerek, defterleri bizzat inceleme veya bir uzmana incelettirme konusunda seçim hakkının acenteye değil, müvekkile tanınması gerektiğini, müvekkilin belli bir süre içinde bu tercihini kullanmaması halinde seçim hakkının acenteye geçmesi gerektiğini savunmuştur²⁷. Kaya'nın bu görüşü hakların temsilci aracılığıyla kullanılmasının amaç ve niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Bir hakkın bizzat hak sahibi tarafından mı yoksa temsilci aracılığıyla mı kullanılacağına veya temsilci olarak kimin seçileceğine yükümlülük sahibi değil, hak sahibi karar vermelidir. Bu görüş acenteye tanınan inceleme hakkının niteliği ve amacıyla da bağdaşmamaktadır. Zira TTK'nın 16.2 hükmünde, acenteye inceleme hakkının tanınmasının nedeni, müvekkilin defter suretini acenteye vermekten kaçınması ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenlerin ortaya çıkması şeklinde ifade edildiğine göre, bu kuşku seçim hakkının ancak acenteye tanınmasıyla giderilebilir. Ayrıca inceleme hakkının, müvekkilin defterlerini Kanuna uygun şekilde tutmaması ve defter suretlerini acenteye verme yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucunda kullanılabilen bir hak olduğu dikkate alındığında, seçim hakkının müvekkile değil acenteye tanınmasının daha adil olacağı kanaatindeyiz. Özellikle defter kayıtlarını bizzat inceleyerek gerekli değerlendirmeyi yapacak düzede bilgi ve tecrübeye sahip bir acente, müvekkilin tercihi sonucunda inceleme

²⁷ Kaya, M. İ., s. 235.

hakkını bir uzman aracılığıyla kullanmak zorunda bırakılmamalıdır. Ayrıca mesleği gereği sır saklamakla yükümlü kişiler gibi acente de, müvekkilin ticari sırlarını saklamakla yükümlü olduğundan, müvekkilin bu konudaki menfaati de korunmuş olacaktır. Acentenin sır saklama yükümlülüğü konusunda TTK'da açık bir hüküm olmamakla birlikte, bu yükümlülük TTK m. 109'da öngörülen acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma borcundan ve genel olarak acentenin sadakat yükümlülüğünden doğmaktadır²⁸. Haksız rekabetin düzenlendiği TTK m. 55/1-4 bendi uyarınca da, acente müvekkiline ait ticari sırları korumakla yükümlüdür. Acentenin sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin işletme sırlarını kendi veya başkası hesabına kullanmamasını, başkalarına yaymamasını gerektirir. Acentenin bu yükümlülüğü hem acentelik sözleşmesinin devamı süresince hem de sözleşmenin bitiminden sonra devam eder²⁹.

Defter ve belgeler müvekkilin iş yerinde incelenmelidir³⁰. Acente veya defter incelemesi için yetkilendirilen uzman, müvekkile ait defterlerin başka bir yere gönderilmesini talep etme hakkına sahip değildir³¹.

Defter ve belgelerin acente tarafından bizzat incelenmesinde veya bir uzman aracılığıyla incelettirilmesinden doğan masraflar acenteye aittir³². Ancak defter ve belgelerin incelenmesi sonucunda, acentenin kuşkuvarında haklı olduğu ve acentenin ücretinin doğru hesaplanmadığı tespit edilirse, acente ödediği masrafları, müvekkilin gerekli belgeleri verme yükümlülüğüne aykırılıktan doğan zararlar olarak tazmin etme hakkına sahiptir³³.

²⁸ Bkz. *Arkan*, s. 205; *Kaya*, A., s. 112; *Kaya*, M. İ., s. 105.

²⁹ Bkz. *Kayıhan*, s. 114.

³⁰ Bkz. *Oetker*, § 87c, Rn. 32; *Kaya*, M. İ., s. 234.

³¹ Bkz. *Kaya*, M. İ., s. 234.

³² Bkz. *Emde*, § 87c, Rn. 158; *Eberstein*, s. 102; *Kaya*, M. İ., s. 235.

³³ Bkz. *Nocker*, § 16, Rn. 69; *Emde*, § 87c, Rn. 158; *Eberstein*, s. 103; *Oetker*, § 87c, Rn. 32.

V. YARGI DENETİMİ

TTK'nın 16.2. hükmü, bilgi alma ve inceleme hakkının en önemli ayağını oluşturan mahkeme yoluyla bilgi elde edilmesi konusunda da özel bir düzenleme içermektedir. Söz konusu hüküm ile acentenin bilgi alma hakkı, işlevsel hale getirilmiştir. Her ne kadar m. 116. 2'nin son cümlesinde yer alan ifade, sadece defter incelenmesi/incelettirilmesi konusunda mahkemeye başvurulabileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olsa da, acentenin bilgi talebinin reddedilmesi halinde de, dava açma hakkının oduğu kabul edilmelidir³⁴. Bu nedenle bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu hüküm anlamında bilgi alamayan her acente, mahkemeye başvurmaya yetkilidir.

Açılan davanın hangi muhakeme usulüne tabi olacağı belirtilmemiştir. Kanaatimizce, bilgi alma ve inceleme hakkı ile ilgili açılan davaların basit muhakeme usulüne tabi tutulması ve mahkeme tarafından verilen kararın da nihaî bir karar olarak kabul edilmesi yerinde olurdu³⁵. Bu yolla yargılamanın mümkün olan en kısa zamanda sonuçlandırılması sağlanacaktır. Bilgi alma ve inceleme hakkının, ücret hakkı başta olmak üzere acentenin diğer haklarına temel teşkil ettiği düşünülürse, bu konuda açılmış bir davanın amaca yararlı olabilecek bir süre içinde bitirilmesi gerekir. Davanın uzun sürmesi, bilgi alma ve inceleme hakkından beklenen yararın ortadan kalkmasına sebep olabilir.

Dava dilekçesinde bilgi alma ve inceleme hakkının dayandırıldığı işlemler yeteri kadar somutlaştırılmalıdır³⁶. Dava, talep edilen bilgilerin verilmemesi veya eksik verilmesine dayanıyorsa, dava dilekçesinde hangi bilginin talep edildiğinin açık bir şekilde belirtilmesi gerekir³⁷. Dava, ticari defter kayıtlarının verilmesine ilişkin ise, defter kayıtlarındaki hangi bilgilerin talep edildiğinin açıklanmasına gerek olmamakla birlikte,

³⁴ Aynı yönde, *Oetker*, § 87c, Rn. 26; *Kaya*, M. İ., s. 228.

³⁵ Aynı yönde bkz. *Kaya*, A., s. 163.

³⁶ *Ebenroth/Löwisch*, § 87c, Rn. 52; *Emde*, § 87c, Rn. 169.

³⁷ Bkz. OLG München, BB 1964, s. 698; *Ebenroth/Löwisch*, § 87c, Rn. 52; *Emde*, § 87c, Rn. 174.

istenilen kayıtların hangi bölge veya müşteri çevesi ve hangi zaman dilimine ait olduğu belirtilmelidir³⁸. Defter kayıtları ve belgelerin incelenmesi amacıyla açılan davalarda, incelenecek defter kayıtları ve belgelerin dava dilekçesinde belirtme zorunluluğu yoktur. Zira hangi belgelerin incelenmesi gerektiği ancak inceleme sırasında anlaşılabilir. Ancak davacı, müvekkilin defter suretini vermekten kaçındığını ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenlerin bulunduğunu ve bu kuşkunun objektif gerekçelere dayandığını ispatlamak zorundadır³⁹.

VI. EMREDİCİLİK

TTK'nın 16.2. hükmü acente lehine emredici olarak düzenlenmiştir. Taraflar bu hükme aykırı sözleşmeler yapabilirler. Ancak bu sözleşmeler acente aleyhine olduğu ölçüde geçersiz olur. Örneğin defter kayıtlarının gönderilmesinden doğan masrafların acenteye ait olduğu kararlaştırılmaz. Ancak TTK m. 116.2 hükmünün acente lehine değiştirilmesi mümkün olduğundan, acentenin bilgi alma ve inceleme hakkı genişletilebilir.

VII. SONUÇ

6762 sayılı TTK, acentenin bilgi alma kapsamında, sadece defter kayıtlarının bir suretinin hesap cetveli ile birlikte acenteye gönderilmesi gerektiğini öngörmüş iken, 6102 sayılı TTK, AET'nin 86/153 sayılı 18/12/1986 tarihli Yönergesi'ni de dikkate alarak, acentenin ücretine ilişkin bilgi alma ve inceleme hakkını "ücretin ödeme zaman" yan başlığı altında (m. 116.2) kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir.

Acentenin bilgi alma hakkı, ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konuları kapsamaktadır. Ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin verilmesini isteme hakkı kapsamına ise, m. 113.1'de öngörülen ücrete hak kazandıran işlemlerle ilgili defter kayıt suretleri girdiği gibi, m. 113.2 gereği, belli bir bölge ya da müşteri çevresi bırakılan acentenin katkısı olmadan kurulan

³⁸ *Emde*, § 87c, Rn. 171.

³⁹ Bkz. BGH, WM 1979, s. 463; *Emde*, § 87c, Rn. 151; *Hoyningen-Huene*, § 87c, Rn. 68; *Kaya*, M. İ., 233.

işlemlerle ilgili defter kayıt suretleri de girmektedir. Yine acente kesin olarak doğmuş ücretlere ilişkin defter kayıtlarını talep edebileceği gibi, doğması kuvvetle muhtemel alacaklara ilişkin kayıtları da talep edebilir.

Bilgi ve belge talep etme hakkının aksine, inceleme hakkı daha ağır şartlara tabi tutulmuştur. Acentenin inceleme hakkını kullanabilmesi için, müvekkilin defter kayıt suretlerini vermekten kaçınması ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenlerin bulunması gerekir. Bu kuşku subjektif, haklı olmayan şüphelere değil, objektif gerekçelere dayanmalıdır.

Acente müvekkiline ait ticari defter ve belgeleri bizzat inceleme yerine bir uzman aracılığıyla incelenmesini isteme hakkına da sahiptir. Acente sadakat yükümlülüğü ve müvekkilin menfaatini koruma borcu gereği, herhangi bir kişi veya uzmanı seçmek yerine, mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan uzmanları seçmek zorundadır.

Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen veya ertelenen her acente, mahkemeye başvurmaya yetkilidir. Açılan davanın hangi muhakeme usulüne tabi olacağı belirtilmemiştir. Acentenin bilgi alma ve inceleme hakkının, ücret hakkı başta olmak üzere diğer haklarına temel teşkil ettiği dikkate alındığında, yargılamanın mümkün olan en kısa zamanda sonuçlandırılması büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle yapılacak bir düzenleme ile acentenin bilgi alma ve inceleme hakkı ile ilgili açılan davaların basit muhakeme usulüne tabi tutulması ve mahkeme tarafından verilen kararın da nihaî bir karar olarak kabul edilmesi yerinde olur.

Acentenin bilgi alma ve inceleme hakkı acente lehine emredici olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle bu hakkı ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar geçersizdir.

LİMİTED ŞİRKET ORTAKLARININ KAMU ALACAĞINA İLİŞKİN SORUMLULUKLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Tamer BUDAK*

Dr. Selami ER**

ÖZET

Kamu alacakları korunması ve tahsil edilme aşamasında diğer alacaklara göre farklı mevzuat ve uygulamalara tabi önemli alacaklardandır. Ancak kamu alacaklarını güvence altına almak adına hukuka egemen olan ilkeleri ihmal edecek yasal düzenlemeler yapılamaz. Bir kamu alacağı türü olan vergi alacakları için de durum aynıdır. Vergi mükellefi olan kişilerden birisi de sermaye şirketi olan limited şirketlerdir. Yasal düzenlemelerin aynı hukuksal durumda olanlara aynı şekilde uygulanacak şekilde yapılması esastır. Ancak kamu alacağının korunması için limited şirkete ve ortaklarına ve mirasçılara yönelik yapılan yasal düzenlemeler anayasal bağlamda yeni sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alacağı, Vergi Alacağı, Limited Şirket Ortakları, Mirasçılar, Sorumluluk, Anayasal İlkeler.

AN EVALUATION OF RESPONSIBILITY OF THE SHAREHOLDERS OF LIMITED COMPANY RELATED TO THE PUBLIC CLAIMS

ABSTRACT

Public claims are important receivables that are subject to different regulations and procedures in terms of protection and collection in terms

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,

** Anayasa Mahkemesi Raportörü,

of other receivables. On the other hand regulations contrary to legal doctrine can't be enacted in the name of securing public claims. This holds for taxes which is a type of public claim. One type of taxpayers are limited corporations which is a type of stock corporation. The basic principle is that regulations have to be enacted in a manner that applies to everyone in the same legal situation. However, legislation on protection of public claims as it applies to limited corporations, their stockholders and their inheritors have caused new problems in terms of constitutional law.

Keywords: Public Claims, Tax Claims, Shareholders of Limited Company, Heirs, Responsibility, Principals of Constitution.

1. GİRİŞ

Kamu alacağı 21/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da tanımlanarak, bu alacağın tahsiline ve korunmasına yönelik kurumlar oluşturulmuştur. Asli kamu alacaklarından olan vergi alacağı esas olarak, asıl borçlusundan talep edilmektedir. Vergi borçlusu, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu düşen gerçek veya tüzel kişidir. Ancak, vergi veya kamu alacağının güvence altına alınması amacıyla çeşitli kanunlarda sorumluluk kurumu getirilmiştir. Böylece asıl borçludan tahsil edilemeyen/tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacakları fer'i nitelikteki sorumlulardan tahsil edilmektedir. Vergi sorumlusu, vergiyi doğuran olay kendi bünyesinde gerçekleşmediği halde asıl vergi borçlusu ile birlikte veya onun yerine geçerek, vergiyi kendi malvarlığından ödeyen kişiler fer'i vergi borçlusu olarak tanımlanmaktadır. Türk hukuk sistemi içerisinde yer alan limited şirketler ve anonim şirketlerin ortak özelliği, her ikisinin de sermaye şirketi olması ve ortakların sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye payını ödemeleri olarak belirlenmiştir. Bu nedenle 1998 yılına kadar gerek limited şirket gerekse anonim şirket ortaklarının şirket tüzel kişiliğinden talep edilen özel ve kamu borçları karşısında sorumlulukları eşit düzeyde iken, gerek 1998 yılında gerekse 2008 yılında yapılan yasal düzenlemeler neticesinde farklı durumlar ortaya çıkmıştır. Yapılan düzenlemeler bir problemin ortaya çıkmasına neden olmuştur ki bu çalışmada bu sorun

üzerinde durulmaktadır. Kamu alacaklarını koruma adına limited şirket ortaklarına yönelik yapılan anılan düzenlemelerin anayasa ilkeler karşısındaki durumu bu çalışmada ele alınmaktadır.

Çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde gerek 6102 sayılı Kanun gerekse 6183 sayılı Kanun kapsamında limited şirket ve ortaklarının hukuksal durumları ortaya konulduktan sonra, ikinci bölümde şirket ortaklarının kamu alacaklarından sorumluluğunu düzenleyen 6183 sayılı Kanunda yapılan düzenlemelerin sorumluluğa etkileri irdelenecek; üçüncü bölümde ise, limited şirket ortaklarının sorumluluğunu düzenleyen ilgili maddenin anayasa ilkeleri karşısındaki durumu incelendikten sonra son bölümde mirasçılar açısından durum analizi yapılacaktır.

2. LİMİTED ŞİRKET VE ORTAKLARININ HUKUKSAL DURUMU

2.1. 6102 sayılı Kanun: Limited Şirket ve Ortakları

13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.573'e göre limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan; esas sermayesi belirli olan, esas sermayesi esas sermaye paylarının toplamından oluşan; ortaklarının, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu bir şirket olarak tanımlanmaktadır.

Bununla birlikte 29/06/1956 tarihli ve 6762 sayılı mülga TTK'da "*aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdur*" hükmü söz konusu iken, şirketin yönetim ve temsiline ilişkin olarak 6102 sayılı TTK m.623'de, şirketin yönetimi ve temsilinin şirket sözleşmesi ile düzenleneceği, bu sözleşmeyle yönetim ve temsil, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebileceği ve en azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Ortaklar şirketten kendi istekleri ile kendilerine ait sermaye payını devrederek ayrılabilirler gibi, TTK m.638'e göre, şirket sözleşmesine ortakların, şirketten çıkılmalarına ilişkin bir hak tanınmış ve bu hakkın kullanımı belli şartlara bağlanmıştır. Buna göre; her bir ortak, haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkarılmasına karar verilmesi için dava açarsa mahkemenin bu istem üzerine, dava süresince, ortağın ortaklıktan kaynaklanan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınması amacıyla diğer önlemlere karar vermesi ile ortak ortaklıktan çıkabileceği gibi, TTK m.640'a göre, şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülmüş ise, bu sebeplerin gerçekleşmesi halinde ortak ortaklıktan çıkarılabilir. O halde ortağın ortaklıktan ayrılması; devir, çıkma ve çıkarılma şeklinde gerçekleşir ve her bir durumda ortağa ait pay ya bir başkasına ortak tarafından devredilebilir ya geride kalan ortaklar kalan hisseyi alabilir ya da bir başkasına satarak onu ortak olarak ortaklığa dâhil edebilirler.

2.2. 6183 Sayılı Kanun: Limited Şirket ve Ortakları

Kamu alacağı 6183 sayılı Kanun m.1'e göre, devlet, il özel idaresi ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait yargılama masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin sözleşmeden, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve kamu hizmetleri uygulamalarından doğan diğer alacakları ile bunların takip masrafları olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kamu alacağı, ekonomide aktif veya pasif özne olarak yer alan devletin yüküm veya borç ilişkisi dolayısıyla elde ettiği, kamu gücünün vermiş olduğu imtiyazları kullanılarak takip ve tahsil edebildiği gelirler olup¹, kamu alacaklarının takip ve tahsiline yönelik işlemler 6183 sayılı Kanun kapsamında yapılmaktadır.

¹ Budak, T./ Benk, S., "Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme", İşletme ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi BERJ, 2(2), 2011, s.63.

6183 sayılı Kanunda 5766 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki dönemde şirket hissesini devreden ortağın devir sonrasında tespit edilen kamu alacağından sorumluluğuyla ilgili bir belirsizlik bulunmakta idi.

Bazı Danıştay daireleri limited şirketteki payını devreden ve devir işlemini tescil ve ilan ettiren ortağın, devirden önceki dönemle ilgili şirket borçlarından sorumlu tutulamayacağına karar verirken² devralan ortağın, şirketin mali durumunu, yani hissenin borçlu veya alacaklı olup olmadığını bilmesi gerektiği, ortaklık payı kimde ise sorumluluğun ona ait olduğunu gerekçe göstermişlerdir. Bunun yanında Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu (VDDK), limited şirketlerde hisse devri, ortağın, ortaklık ilişkisinin devam ettiği vergilendirme dönemlerine ait vergi borcundan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağından, davacının sorumluluğunun dönemler itibarıyla incelenmesi gerektiğine karar vermiştir³.

Limited şirket tüzel kişiliğine ait kamu alacaklarının tahsilinde yaşanan bir kısım yargı kararlarındaki farklılıktan kaynaklanan bir takım sorunlar nedeniyle 4.6.2008 tarihli ve 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁴ ile “...mevcut hükümlerin uygulamasına ilişkin yargı kararları dikkate alınarak uygulamaya açıklık getiren düzenlemelere yer verilmekte,... Öngörülen değişiklikler ile 6183 sayılı Kanunun temel felsefesi korunarak amme alacaklarının daha süratle tahsiline imkân verilmesi amaçlanmakta ve bu değişiklikler dikkate alınarak ilgili bazı kanunlarda da değişiklik önerilmektedir...” genel gerekçesiyle kamu alacağından sorumlu olan şirket ortak ve yöneticilerinin sorumluluklarında esaslı değişiklikler yapılmıştır.

Kamu alacağı terimini açıklayan 6183 sayılı Kanun m.3’ 5766 sayılı Kanun m.1’le yapılan değişiklik ile *Tahsil Edilemeyen Amme*

² Danıştay 3.D., 12.11.1992, E.1992/721, K.1992/3382; Danıştay 7.D., 16.3.2005, E.2001/3306, K.2005/396

³ Danıştay VDDK, 11.7.2007, E.2007/19, K.2007/250

⁴ RG: 06.06.2008, 26898 (Mük).

*Alacağı*⁵ ile *Tahsil Edilemeyeceği Anlaşılan Amme Alacağı*⁶ terimleri ilave edilmiş ve bu terimler tanımlanmıştır. Limited şirket ortaklarının şirketin amme alacağından sorumluluğu 6183 sayılı Kanun m.35’de düzenlenmiştir. Şirketlerden tahsil edilemeyen amme alacaklarından ortakların sorumluluğunu düzenleyen 6183 sayılı Kanunun 35’inci maddesinde 29.7.1998 tarihli 4369 sayılı Kanunla önemli bir değişikliğe gidilmiştir. Değişiklik yapılmadan önce şirket ortakları şirketten tahsil edilemeyen amme borçlarından dolayı şirkete koydukları sermayeyle sorumlu tutulurken, yapılan değişiklikle limited şirket ortakları şirketten tahsil imkânı bulunmayan amme alacağından dolayı doğrudan sorumlu tutulmuş olup; bu sorumluluk şirket sermayesi payına bağlanmıştır⁷. Bu sorumluluğun sermayenin ödenmiş olup olmamasıyla ilgisi kurulmamıştır.

5766 sayılı Kanun m.3 ile 6183 sayılı Kanun m.35/1’de yapılan değişiklik ve ilave ile maddede yer alan "*şirketten tahsil imkânı bulunmayan*" ibaresi "*şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan*" şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir. Böylece şirket ortaklarının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen ve tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte 5766 sayılı Kanun m.3’de yapılan düzenleme "*Limited ortakların sorumluluğuna esas alınan amme alacaklarının*

⁵ Amme borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını ifade eder.

⁶ Amme borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin amme alacağını karşılayamayacağını veya hakkında iflas kararı verilen amme borçlusundan aranan amme alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında amme borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan amme alacaklarını ifade eder.

⁷ Çelik, B., "Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu", G.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, C.2, S.4, 2000, s.124.

doğduğu zamanlar, dönemleri ve ödeme zamanları kriterleri, yargı kararlarında da benimsenmiş, ancak bu zamanlarda farklı şahısların ortak olması halinde sorumlu tayininde kararlar içinde görüş birliğine varılamamıştır. Önerilen düzenleme, yargı kararları ile içtihat oluşturulamamış bu konulara açıklık getirerek ihtilafları azaltma amacını taşımaktadır. Diğer taraftan yine yargı kararları da dikkate alınarak madde ile bu şahıslara müteselsil sorumluluk getirilmesi, bir yandan hisse devri yapan ortakların borcunu ödemesini sağlayacak, diğer yandan da devralan şahısların limited şirket hissesinin değerini borçluluk durumunu da göz önüne alarak belirlemesine imkân verecektir” madde gerekçesine dayandırılarak 6183 sayılı Kanun m.35’e, “Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur” şeklinde ikinci ve “Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur” şeklinde üçüncü fıkra eklenmiştir. Bu iki yeni hükümle, şirketteki sermaye payını devreden ortağın devralanla birlikte önceki döneme ait kamu alacaklarından müteselsilen sorumlu olacakları ve amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahısların, kamu alacağının ödenmesinden yine müteselsilen sorumlu tutulacağı/tutulması öngörülmüştür.

Danıştay 3. Dairesinin bir kararında; “213 sayılı VUK’un mükellef ve vergi sorumlusu başlıklı 8. maddesinin 3. fıkrasında da, vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin özel mukavelelerin vergi dairelerini bağlamayacağı kuralına yer verilmiş olup, limited şirketteki ortaklık payının kısmen veya tamamen bir üçüncü kişiye devrine ilişkin sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi olduklarından, kamu alacağının tahsilinden doğan sorumluluğun, belirtilen nitelikteki pay devri sözleşmeleriyle ortadan kaldırılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle 6183 sayılı Yasa’nın 35. maddesinden doğan ve limited şirket

ortaklarını, şirketten tahsiline olanak bulunmayan kamu alacaklarının ödenmesinden doğrudan doğruya ve payları oranında sorumlu tutan kural karşısında, tahsili gereken kamu alacağını yaratan vergilendirmenin ait olduğu dönemde şirketin paylarına sahip ortakların, bu dönemden sonra paylarını devretmiş olsalar da ortaklık sıfatının sürdüğü dönemlere ilişkin şirketin kamu borçlarından kaynaklanan sorumluluklarının kalkacağından söz edilemez” denilerek limited şirket ortaklık payının devrine ilişkin sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmesi olduklarından, bunlara dayanılarak kamu alacağının tahsilinden doğan sorumluluğun ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı ve ortağın ortaklık sıfatının sürdüğü dönemlere ilişkin şirketin kamu borçlarından sorumluluğunun devam edeceği belirtilmiştir⁸. 5766 sayılı Kanunla yapılan düzenleme yargı kararları arasındaki farklılığı giderse de aşağıda ifade edildiği üzere hissesini devreden ortakların haklarında ciddi sıkıntılara neden olmuştur.

Kamu alacaklarında kanuni temsilci ve idarecilerin sorumluluğu 6183 sayılı Kanunun mükerrer m.35’de hüküm altına alınmış olup; düzenleme ile tüzel kişilerin veya tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin borçlusu olduğu tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağının, kanuni temsilcilerin ve idare edenlerin şahsi mal varlıklarından tahsil edileceği öngörülmüştür. 5766 sayılı Kanun ile 6183 sayılı Kanun mükerrer m.35’e 04/06/2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanunla eklenen beşinci fıkranın: *Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur.*” ve altıncı fıkranın *“Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz”* ifadeleriyle amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin ve idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu

⁸ Danıştay, 3.D., 02.11.2011, E. 2007/1961, K. 2011/6446.

şahısların, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacakları⁹ hüküm altına alınmıştır.

5766 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerle, 6183 sayılı Kanun m.35 kapsamında takip edilmesi gereken kamu alacaklarından ikincil sorumlu olan şirket ortaklarının sorumluluklarının başlayabilmesi için, açıklayıcı hüküm getirilmiş ve limited şirketin kamu borçlarından, eski ve yeni ortakların ne şekilde sorumlu olacakları hususunun düzenlenmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, yargı kararları içinde görüş birliğine varılamayan bir konu olan kamu alacaklarının doğduğu ve ödenmesi gereken zamanlarda farklı şahısların ortak olması halinde sorumluluk tayinine açıklık getirilerek ihtilafları azaltma amacı güdülmüşse de var olan soruna çözüm tam anlamıyla üretilememiştir.

3. LİMİTED ŞİRKET ORTAKLARININ SORUMLULUĞU

Limited şirket ortaklarının TTK'dan kaynaklanan sorumluluklarının yanında kamu alacağı karşısında da sorumluluğu mevcuttur. Ortakların ve kanuni temsilcilerin kamu alacağı olan vergi borçları karşısındaki sorumlulukları fer'i niteliklidir. Hatta bu sorumluluk üçüncü derecede fer'i sorumluluktur. Zira limited şirketin vergi borçları için önce limited şirket tüzel kişiliğinde takibat yapılması gerekmekte ve vergi alacağının şirket malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda, limited şirketin kanuni temsilci sıfatıyla müdüre başvurulmakta, kamu alacağının ondan da tahsil edilememesi durumunda ise ortaklara başvurulmaktadır¹⁰.

6183 sayılı Kanunun uygulamasına açıklık getiren 2008 yılı Tahsilât Genel Tebliği¹¹ ile limited şirket ortaklarının sorumluluğu konusunda 6762 sayılı mülga TTK'ya atıf yapılmış ve sorumlunun tespiti için şirket ana sözleşmesi ve ticaret sicil gazetesine bakılması, buradaki şirket hisselerinin devir tarihine göre ortakların sorumluluğunun tespit

⁹ Danıştay, 3.Daire, 22.03.2010, E: 2008/5149, K: 2010/802.

¹⁰ Gerçek, A., Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınevi, 2010, s.42

¹¹ Tahsilât Genel Tebliği, Seri: A Sıra No: 2 (RG: 29.06.2008, 26921)

edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak 13.01.2011 tarihli 6102 yeni TTK'nın yürürlüğe girmesiyle Tahsilât genel tebliğinde atıfta bulunulan Ticaret Kanununun yürürlükten kalkması nedeniyle atıfların 6102 sayılı TTK'ya göre yeniden yorumlanması gereği ortaya çıkmıştır.

6102 sayılı TTK'nin 573 ve müteakip maddelerinde limited şirketlerin kuruluşu düzenlenmiş, 587. maddesinde tescil ve ilan edilecek hususlar arasında; ortakların kimliği ve koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarları yer almış, 589. maddesinde şirket sözleşmesinde yapılan her değişikliğin tescil ve ilan edileceği, 594. maddesinde şirket, esas sermaye paylarını içeren bir pay defterinin tutulacağı, ortakların, adları, adresleri, her ortağın sahip olduğu esas sermaye payının sayısı, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişleri itibarı değerleri, grupları ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları, sahiplerinin adları ve adreslerinin bu deftere yazılacağı hükme bağlanmıştır. İlgili tahsilât genel tebliğine göre, limited şirket ortakları hakkında takibe geçilebilmesi için, şirket hakkında yapılan takibin sonucunda kamu alacağının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir.

5766 sayılı Kanun gerekçesinde izah edilmese dahi düzenlemenin; hileli hisse devri yolu ile kamu alacağının takip ve tahsil imkânının ortadan kaldırılmasını engellemek amacı ile yapıldığı anlaşılmaktadır. Zira vergi kaçırmak amacı ile paravan şirket tabir edilen şirketlerin kurulması ve usulsüz işlemler yapıldıktan sonra şirket hisselerinin mal varlığı bulunmayan şahıslara devri yolu ile kamu alacağının takip ve tahsiline engel olunması vergi denetimlerinde sık rastlanan durumlardandır. Limited şirketlerin temsilcileri ve ortaklarının şirketin kamuya borçları karşısındaki sorumluluklarında yapılan değişiklikler, kurumlar vergisi mükelleflerinin %80'inin limited şirket olduğu göz önünde bulundurulduğunda ayrıca önem kazanmaktadır¹².

¹² Özdemir, M./ Boynikoğlu, M., “Son Düzenlemeler Işığında Limited Şirket Ortakları İle Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu”. www.bilgidenetim.com, (10.08.2013)

6102 sayılı TTK m.124'e göre anonim ve limited şirketler sermaye şirketleri arasında yer almaktadırlar. Ortakların sorumluluğuna ilişkin olarak 6102 sayılı TTK m.329/2'ye göre anonim şirket ortakları (pay sahipleri) sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur. Bununla birlikte limited şirket ortakları ise, TTK m.583/2'ye göre, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu kapsamda limited şirket ortağının sınırlı sorumluluğu ilkesi, anonim şirketteki tek borç ilkesine benzemektedir¹³.

Dolayısıyla ortaklar, şirketin borçlarından dolayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı kadar sorumlu olup, bu miktarı aşan kısım nedeniyle herhangi bir sorumlulukları söz konusu değildir. Ancak burada bir ayırım yapmak gerekmektedir ki; bu ayırım borcun niteliğine bağlıdır. Özel borçlarda 6102 sayılı TTK ilgili maddelerinde belirtilen anonim şirket pay sahipleri ile limited şirket pay sahipleri arasında sorumluluk temelinde esasta bir fark bulunmamaktadır. Kamu borçlarından sorumluluk açısından konu irdelendiğinde ise, anonim şirket ortakları ile limitet şirket ortakları arasında sorumluluk noktasında esaslı farklar ortaya çıkmaktadır.

Anonim şirket pay sahiplerinin, şirket tüzel kişiliğinin kamu borçları bakımından sorumluluğunda, ortakların/pay sahiplerinin şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye dışında herhangi bir sorumlulukları söz konusu değildir. Bu durum hem ticari borçlar hem de kamu hukukundan doğan borçlar bakımından geçerlidir. Şirket tüzel kişiliğinden alınmayan kamu borçlarından sorumluluk bu aşamada yönetim kurulu üyelerine aittir. Yönetim kurulu üyeleri, şirketin kamu borçları dolayısıyla ikinci derecede sorumludurlar. Buna karşılık limited şirket ortaklarının kamu hukukundan kaynaklı kamu borçlarından sorumluluğu 6183 sayılı Kanun m.35/1'de 2008 yılında 4369 sayılı Kanun m.21 ile yapılan değişikliktir

¹³ Can, M. E., "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, 2011, S.4, s. 3 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_4_1.pdf (21.10.2013).

sonra ilgili maddede yer alan ifade gereği, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumluluğu söz konusudur.

Limited şirket ortaklarının anonim şirket ortaklarına kıyasla kamu borçlarından sorumluluğunun neden daha ağır koşullara¹⁴ bağlandığının tespiti 4369 sayılı Kanun m.21 gerekçesine bakıldığında daha açık olarak ortaya konulabilir. İlgili madde gerekçesine göre, “... *Limited şirketin mal varlığından tahsil edilemeyen amme alacağı için şirketin ortaklarından tahsile gidildiğinde, ortaklar koydukları sermaye miktarı kadarından sorumlu tutulabildiğinden, şirket sermayesinin üzerinde olan amme alacağının tahsili yapılamamakta dolayısıyla mevcut hüküm koruma işlevini görmemektedir. Limited şirketin kanuni temsilcileri de mal varlığı olmayan kişilerden seçilebilmekte ve bu durum da kanuni temsilcilerin sorumluluğundan hareketle yapılan takiplerin sonuçsuz kalmasına neden olmaktadır. ... Yapılan bu düzenleme ile şirketten tahsil edilemeyen amme alacağı için ortaklara şirkete koydukları sermayeleri oranında sorumluluk getirilmekte ve amme alacağının tamamı güvence altına alınmış olmaktadır. ... Diğer taraftan bu tür şirketler, kuruluşundaki kolaylık nedeniyle vergi sisteminde yer alan bazı müesseselerden haksız kazanç temin etmek için sahte veya özü itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek gibi amaçlarla da kurulabilmektedir. Yapılan düzenleme bu tip malî sistemin tahribatına yönelik olumsuzlukların giderilmesine de yardımcı olacaktır. Böylece, vergi sisteminden haksız yararlanma amacına karşı caydırıcı bir hüküm de getirilmiş olmaktadır*¹⁵” limited şirkete ait kamu alacaklarının anonim şirket kamu alacaklarından farklı bir şekilde ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. İlgili gerekçe irdelendiğinde;

¹⁴ Açar, S., Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, s.75.

¹⁵ 4369 Sayılı Kanun Gerekçesi, RG: 29.07.1998, 23417 (Mük). http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/6183/tvk_4369_sayili_kanun_1.pdf

- Kamu idarelerinin şirket sermayesinin üzerinde olan amme alacağının tahsilini yapamamaları,
- Mal varlığı olmayan kişilerin şirketin kanuni temsilcisi olarak seçilmeleri,
- Bu şirketlerin haksız kazanç temin etmek için sahte veya özü itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek gibi amaçlarla kurulabildikleri ve bu konularda vergi idaresi etkin çalışmaması,

nedenleriyle limited şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağından ortakların sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olunacağı hükmünün getirildiği ve yapılan yasal düzenlemeyle,

- Amme alacağının tamamını güvence altına alınmasının,
- Malî sistemin tahribatına yönelik olumsuzluklar giderilmesinin,
- Vergi sisteminden haksız yararlanma amacına karşı caydırıcı bir hüküm getirilmesinin

amaçlarına ulaşılmasının öngörüldüğü ve böylece amme alacağıyla ilgili limited şirketten kaynaklanan bahsedilen sorunların çözümünün amaçlandığı anlaşılmaktadır. 4369 sayılı Kanun ve nihayetinde 5766 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelere dayanak teşkil eden temel gerekçe vergi idaresinin limited şirket alacaklarını koruma altına alamama/ tahsil edememesi sorunlarından kaynaklanmaktadır. Ancak yapılan düzenleme her ne kadar kamu alacağının korunmasına yönelik olsa da, sermaye şirketleri ortakları arasında limited şirket ortakları aleyhine eşitsiz bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır.

4. 1982 ANAYASASI'NDA YER ALAN İLKELERE GÖRE 6183 SAYILI KANUN M.35'İN İRDELENMESİ

Hukukun yazılı kaynaklarının başında yer alan anayasa¹⁶, bir devletin temel yapısını, kuruluşunu ve bireylerin devlet iktidarı karşısındaki temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen belge, temel kanun

¹⁶ Özey, İ. H., Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s.57.

ve normdur¹⁷. 1982 Anayasası'na göre anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olup, kanunlar anayasaya aykırı olamaz. Bu kapsamda yapılacak her türlü yasal düzenlemelerin anayasada yer alan ilkelere aykırı olmaması gerekmektedir. Çağdaş bir hukuk sisteminde yasa koyucu bir takım anayasal ilkelere riayet etmek/uymak zorundadır¹⁸. Anayasa Mahkemesi (AYM), “...*Kuşkusuz ihtilafları en aza indirme amacı kamu yararınadır. Bu amacı gerçekleştirmek için **anayasal ilkelere uygun davranılması da tartışılmaz**...*¹⁹” ifadesiyle yasa koyucunun yasama ile ilgili olarak anayasal ilkelere uymak zorunda olduğunu değerlendirmiştir²⁰. Konuyla ilgili kanun yapımcılarının ve uygulamacılarının dikkate etmesi gerek ilkeler hukuk devleti, eşitlik ve hak arama hürriyeti olup, 6183 m.35’le getirilen düzenlemenin anayasanın sunduğu ölçüler kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

İncelemeye geçmeden önce AYM’nin 6183 m.35 de yapılan değişiklik de dâhil 5766 sayılı Kanunla yapılan değişiklikleri hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihte tahsil edilmemiş bulunan alacaklara da uygulanacağı yönündeki Kanunun geçici 1. maddesini iptal gerekçesi üzerinde durmak gerekmektedir.

Mahkeme, bahsedilen düzenlemeyi “*Kanunun değişmeden önceki hükümlerine göre şirket ortağı olan veya hisse devri yolu ile ortaklığı bırakan şahıslar ile kanuni temsilcilerin faaliyetlerini ve konumlarını o tarihte yürürlükte olan kurallara göre sahip oldukları ve üstlendikleri sorumluluk çerçevesinde belirlemeleri doğaldır. Bu şahıslardan sonraki yıllarda getirilecek sorumluluğa göre konumlarını belirlemeleri ve ticari*

¹⁷ Teziç, E., Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.8; Kaboğlu. İ., Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.17.

¹⁸ AYM, 06.07.1995, E.1995/6, K.1995/29, (RG: 22.04.1996, 22619); AYM, 24.06.1993, E.1992/29, K.1993/23, (RG: 23.12.1999, 23915); AYM, 06.07.1995, E.1995/6, K.1995/29, (RG: 22.04.1996, 22619).

¹⁹ AYM, 24.06.1993, E.1992/29, K.1993/23, (RG: 23.12.1999, 23915).

²⁰ Budak, T., Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.77.

faaliyetlerini sürdürmeleri beklenemez.” gerekçesine dayanarak iptal etmiştir. Gerekçede ayrıca bireylerin, 5766 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce doğmuş ve ödenmesi gereken kamu alacağından sorumlu oldukları dönemde öngörülme sorumluluklar ile yükümlü tutulmalarının, yani geçmişe yönelik sorumluluklarının arttırılmasının bireylerin hukuka olan güven duygusunu zedeleyeceği ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağı vurgulanmıştır.²¹

Mahkemeye yapılan itiraz başvurusunda sadece 5766 sayılı Kanunun geçici birinci maddesinin iptali istendiğinden 6183 sayılı Kanunun 35. maddesinde yapılan değişiklik inceleme konusu yapılmamıştır.

4.1. Hukuk Devleti: 6183 Sayılı Kanun m.35

Anayasa m.2’de ifadesini bulan hukuk devleti kavram olarak, hukuki güven ortamını, devletin hukuka uymasını, bunun için de karar ve işlemleri yargı denetimine bağlı²², kişilere, güçlü ve kapsamlı şekilde hukuksal güvenceyi sağlayan bir devlet sistemini ifade eder. Yasal düzenlemelerin anayasanın temel ilkelerinden birisi olan hukuk devleti ilkesine uygun olması kaçınılmaz bir gerekliliktir. AYM, hukuk devleti karşısında vergi koyma yetkisini ele alırken; “...*yönetilenlere, en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvenceyi sağlayan hukuk devleti, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun başlıca geçerlik koşulu sayarak insan hakları, temel haklar ve özgürlükler yönünden anayasal ilkeler düzeyine ulaşmış kurallara dayanır ... devlet, vergilendirme konusunda gerekli düzenlemeleri gerçekleştirirken de hak ve özgürlükleri özenle koruyacak, devlete kaynak sağlamak amacıyla hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyarsız*

²¹ AYM, 28.4.2011, E.2009/39, K.2011/68, (RG: 15.10.2011, 28085)

²² Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005. s.90; Akad M./ Vural Dinçkol B., Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2004, s.363

kalmayacaktır. Gelir elde edilmesi amacıyla hukuk devleti niteliklerinden vazgeçilemez...²³” olarak değerlendirmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin alt başlığı olan hukuk güvenliği ilkesi, temel haklarda korunan ortak bir değerdir ve hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Aynı zamanda Anayasanın bütününe egemen olan temel bir ilke görünümündedir. Bu güvence, ancak devlet faaliyetlerinin belirli oranlarda öngörülebildiği devletlerde olur. Gelecekte ne ile karşılaşacağı endişesini taşıyan bireylerin bulunduğu toplumlarda, demokratik gelişim istenen seviyeye varamaz²⁴. Anayasa Mahkemesi birçok kararında “hukuk güvenliği ilkesi”nin hukuk devletinin unsurlarından biri olduğunu belirtmektedir.²⁵

Hukuk güvenliği, belirlilik, geriye yürümezlik ve kazanılmış haklara saygı şeklinde alt başlıklarda incelenen ilkelerle bağlantılı ve bu ilkelerin bir bütünü gibidir. Belirlilik ilkesi, vergiler açısından miktar, tarh ve tahsil zamanı ile biçimlerinin önceden belli ve kesin olması anlamında Adam Smith’in 1776 yılında öne sürdüğü geleneksel kabul edilen vergi ilkelerindedir. Vergilerin yasallığı ilkesi belirlilik ilkesinin ön koşuludur. Bu bağlamda kıyas yasağı da belirliliği tamamlayan bir ilkedir.

Hukuk devletinde kişiler, devletin yasalarla yaşam alanlarına (ekonomik, sosyal ve hukuki) yönelttiği müdahaleleri önceden tahmin edebilmeli ve geleceğe dönük planlarını buna göre yapabilmelidirler. Böylece yasama erkinin orantısız güç kullanımı ve keyfililiği önemli ölçüde önlenmiş olur. Bununla birlikte, yapılan yasal düzenlemeyle getirilen kurumların ve uygulamaların zamanları ve şekillerinin hem idare, hem de kişiler açısından belli ve kesin olması da bir gerekliliktir.

6183 sayılı Kanun m.35’de yapılan düzenleme devlete kaynak sağlamak ve şirket sermayesinin üzerinde olan kamu alacağının tahsilini

²³ AYM, 07.11.1989, E.1989/6, K.1989/42, (RG: 06.04.1990, 20484); AYM, 12.11.1991, E.1991/7, K.1991/43, (RG: 23.07.1992, 21293).

²⁴ Altundış, M. “Hukuki Güvenlik İlkesi”, Yasama dergisi, Sayı:10, 2008, s.61-92

²⁵ AYM, 30.11.2007, E.2006/61, K.2007/91, (RG: 23.02.2008, 26796); AYM, 17.01.2008, E.2007/21, K.2008/40, (RG:08.04.2008, 26841).

yapamayan/yapmayan devletin/yasaların kendisinden kaynaklanan eksikliğın limited şirket ortaklarının üzerine yıkılmasından ibarettir. Zira bu madde aynı zamanda limited şirketlerin devletin vergisini karşılıksız bırakmak için kurulmaktadır şeklinde masumiyet karinesine aykırı bir ön yargıya dayanarak çıkarılmıştır²⁶.

Anayasanın 73. maddesinde vergi vatandaşlar için bir yükümlülük olarak belirlenmiştir. Bu yükümlülüğten kaynaklanan kamu alacaklarının kayba yol açmayacak şekilde tahsili doğal olarak devletin görevidir. Bu görevi yerine getirmede etkin ve etkili bir vergi tahsil sistemi kurmadığı için kamu alacağının sorumluluğunu genişleterek şirket ortağı olmuş ve ayrılmış kişileri geleceğe yönelik olarak süresi belirsiz bir biçimde sorumlu tutmak, kamu yararı gereği bu kişilere fazla yüklenmek anlamına gelir ki, bu durum Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi ve ikinci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz görünmektedir. Zira vergi kaçırmak amacıyla şirket kurma ciddi bir sorun ise diğer mükelleflere ağır yük yüklemekten buna yönelik çözümü üretmek vergi tahsiliyle ilgili vergi idaresinin görevidir.

AYM, “*Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli kaynağın elde edilmesi adına vergi ve diğer kamu alacaklarının takip ve tahsili için hukuki düzenlemeler ve ayrıcalıklı yetkilerle kolaylık ve hızlilik sağlanmasının doğal olduğu kabul edilmekle birlikte bu konuda bireylerin hakları ve hukukun genel ilkelerinin de göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.*” ifadesiyle kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli düzenlemeler yapılırken elde edilmek istenen kamu yararıyla bireysel haklar arasında bir dengenin kurulması gerektiğini vurgulamaktadır²⁷.

Limited şirket ortaklarının şirkete ait hem vergi aslı hem de cezalardan da sorumluluğu söz konusudur. Şirketin faaliyetlerinde herhangi bir etkisi ve kararlarda katkısı bulunmayan küçük ortağın salt

²⁶ Baykara, B., Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku, HUD Yayınları, 2008, Ankara, s.560.

²⁷ AYM, 28.4.2011, E.2009/39, K.2011/68, (RG 15.10.2011, 28085)

şirket ortağı olması nedeniyle şirketten tahsil edilemeyen/edilemeyeceği anlaşılan cezadan sorumlu olması hukuki güvenliği zedelemektedir²⁸. 6183 sayılı Kanun m.35 hükmü, tamamıyla hissesini devreden ortağın kötü niyetli olduğu/olacağı varsayımına dayandırılmıştır. Örneğin, şirket yönetiminde olmayan küçük oranda bir hisseye sahip olan bir ortak, vergi borçlarının ödenmediğini öğrendiğinde bu ödemelerin yapılmasını şirket yönetimindeki ortaklar ve müdürden talep eder ve temsile yetkili ortaklar da bu kişiden hissesini satın alıp vergi borçlarını yine ödememezler ise anılan ortağın her halükarda m.35/3'e göre bu borçtan sorumlu tutulması kaçınılmazdır. Bu yönüyle bakıldığında m.35, limited şirket ortağı olmayı sermaye şirketi olmaktan çıkarmış olup, ticari yaşama olumsuz olarak el atmaktadır ki²⁹, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşırılığı kuşkulu³⁰ bu durumun yeniden ele alınması gerekmektedir. Zira bu uygulama hukuki belirliliğe aykırılık oluşturmaktadır.

4.2. Eşitlik: 6183 Sayılı Kanun m.35

Hukuk devleti ilkesinin öğelerinden biri de hiç şüphesiz eşitliktir³¹. Bu nedenle vergilendirmede ve/veya yasama işlemlerinde eşitlik hukuk devleti anlayışı açısından da karşılanması gereken bir ilkedir. Eşitlik ilkesi Anayasa m.10'da düzenlenmiş olup; ilgili ilkeye yönelik AYM, “...yasa önünde eşitlik... birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Anayasanın amaçladığı eşitlik, eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Ancak din, ırk, dil, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilerek eşitsizliğe yol açılması mutlak anayasal yasak kapsamındadır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirir.

²⁸ Özbalcı, Y., Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamalar, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010, s.357.

²⁹ Özbalcı, s.359

³⁰ Candan, T., Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, s.176.

³¹ AYM, 06.06.1991, E.1990/35, K.1991/13, (RG: 27.10.1994, 22094); AYM, 03.12.1992, E.1992/45, K.1992/51, (RG: 17.09.1995, 22407).

Özellikle, ayrılıklara dayandığı için haklı nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil geçerli kılar Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş alanlar arasında, yasalara konulan kurullarla değişik uygulamalar yapılamaz. ...³²” hukuksal durumları aynı olanların aynı hukuksal muameleye tabi tutulmasının gerekliliğine hükmetmiştir.

Gerek anonim şirket ortakları gerekse limited şirket ortaklarının her iki şirketin de sermaye şirketi olması münasebetiyle hukuksal durumları aynıdır. Doğaldır ki, her iki şirket türü de farklı ihtiyaç ve durumlara cevap vermek amacıyla oluşturulmuş olduğundan her iki ortak türünün de tamamıyla aynı olması da söz konusu değildir. Anonim şirketler ile limited şirketlerin, maddenin gerekçesinde ifade edildiği gibi vergi alacağını aşındırma/ortadan kaldırma imkânları açısından hukuksal ve fiili durumları aynıdır. Dolayısıyla kamu alacağını aşındırma/engelleme konusunda her iki şirket arasında bir fark mevcut değildir³³.

Kamu alacağından sorumluluğa yönelik yapılan düzenlemelerin ortakların/yükümlülerin yaşam standardını/yatırım kararlarını olumsuz olarak etkilemeyecek düzeyde olması ve eşit bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Bu noktada 4369 sayılı Kanun değişikliği öncesi diğer sermaye şirketleri ortakları ile *anayasanın amaçladığı hukuksal eşitlikte* olmalarına rağmen limited şirket ortaklarının aleyhine yapılan bu düzenleme anayasal anlamda eşitliğe aykırılık içermektedir. Limited ve anonim şirketler bakımından kamu alacağını aşındırma/tahsilini imkânsız kılma yönünden arasında fark olmadığına göre, anonim şirket ortaklarının kamu alacağı nedeniyle herhangi bir sorumluluğu yok iken, limited şirket ortaklarını sermaye payı oranında ve tüm mal varlığıyla sorumlu tutmak, Anayasa maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zira sermaye şirketi olmakla aynı hukuksal durumda

³² AYM, 21.06.1991, E.1991/25, K.1991/18, (RG: 27.10.1994, 22094).

³³ Baykara, s.563.

olan limited şirket ortakları kamu borcundan sorumlu tutulur iken, anonim şirket ortakları sorumlu tutulmamaktadır.³⁴

AYM yapılan yasal değişiklikler hakkında eşitlik okumasını yaparken, yasal değişikliğin kamu yararı ya da haklı nedenin “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olmasını arar ve yapılan düzenlemenin bu üç ölçütten birine uyup uymadığını irdeler. Şayet bu ölçütlerden birine uyulmuyorsa eşitlik ilkesinin ihlali söz konusudur³⁵. Bu kapsamda bir irdeleme yapıldığında yapılan düzenlemenin “*şirket sermayesinin üzerinde olan amme alacağına tahsilini yapamaması, limited şirketlerde mal varlığı olmayan kişilerin şirketin kanuni temsilcisi olarak seçilmeleri ve haksız kazanç temin etmek için sahte veya özü itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek gibi amaçlarla kurulabildikleri*” gereklerine dayanarak limited şirket ortaklarının aleyhinde bir duruma neden olan m.35 hükmünün “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili” ve “makul ve adil” olduğu sonucuna ulaşıldığı anlamı çıkarılamaz.

Bu durum ayrıca bir sermaye şirketi türü olan limited şirketin ortaklarını kolektif şirket ortaklarına benzer bir sorumluluğa muhatap hale getirerek sermaye şirketinin anlamını kaybetmesine de neden olmaktadır. Kanun koyucunun sorumluluğu arttırmak gibi bir ara formül yerine şirket yapılarını ele alarak sermaye ve şahıs şirketlerini tekrar tanımlaması daha esaslı ve doğru bir çözüm yolu olacaktır.

4.3. Hak Arama Hürriyeti: 6183 Sayılı Kanun m.35

Hak arama hürriyeti kavramsal olarak, hem kişilerin bir hak arama yoluna başvurup başvurmadada özgür olmasını, hem de bir hakkı ihlal edildiğinde bu ihlalin telafı edilmesi için başvurulabilecek yolları ifade etmektedir³⁶. Hak arama hürriyeti tümcesinde yer *hak* kelimesi, dar anlamda anayasal hakları değil, geniş manada tüm menfaat ve hakları

³⁴ Baykara, s.564.

³⁵ Saban, N. Vergi Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2005, s.51.

³⁶ Mumcu, A./ Küzeci, E., İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.255.

ifade etmektedir³⁷. Anayasa m.36/1'e göre "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Hak arama hürriyeti, "adaleti bulma", "hakkı olanı elde etme" ve "haksızlığı giderme" amacıyla yargı organlarına başvuruyu ve adil bir şekilde yargılanma hakkını güvence altına almaktadır³⁸. Kısaca kişilerin meşru yol ve araçlardan yararlanarak haklarını arayabilmeleri olan hak arama hürriyeti hukuk devletinin de vazgeçilmez gereklerindedir³⁹.

AYM'ye göre, "maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanutlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir⁴⁰" hak arama hürriyeti herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerin güvencelerindedir.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesi, kişinin maruz kaldığı haksızlık karşısında haklılığını ileri sürüp ispatlayabilmesini, yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesini ve davada ileri sürülen iddia ve delillere karşı idareyle/karşı tarafla eşit imkânlarla cevap verebilmesini gerektirir⁴¹. AYM'ye göre, adil yargılanma hakkının genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan "silahların eşitliği ilkesi", davanın tarafları arasında yargılama

³⁷ Köküarı, İ., "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:XV, S:1, Ankara, 2011, s.16.

³⁸ Akıncı, M., Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s.26.

³⁹ Erdoğan, M., Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, s.130.

⁴⁰ AYM, 18.6.2013, E.2013/71, K.2013/77, (RG: 26.07.2013, 28719).

⁴¹ AYM, 28.2.2013, E.2012/133, K.2013/33, (RG: 12.07.2013, 28705).

sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte; diğer bir ifadeyle, davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır⁴². Dava taraflarından birisi, karara etkisi olan ve dava dosyasında bulunan belge ve bilgilerden bir kısmına ulaşamıyorsa, bu tarafın savunma hakkı sınırlandırılmış ve dolayısıyla yargılama sürecinde hakkaniyete uygun bir süreç izlenmediğinden adil yargılama yapılmamış sayılır⁴³.

Limited şirket tüzel kişiliğine kesilen vergi ve cezaların tüzel kişilikten tahsilinin mümkün olmaması halinde şirketi temsile yetkili müdürden tahsil cihetine gidilir. Bu aşamaya kadar müdür olmayan limited şirket ortağı tarh, tebliğ ve tahakkuka yönelik vergilendirme işlemlerinden haberdar olması her zaman mümkün değildir. Dolayısıyla müdür olmayan limited şirket ortaklarından talep edilen kamu alacağı nedeniyle ortağın dava hakkı olmakla birlikte bünyesinde yine limited şirket ortağının aleyhine durumları barındırmaktadır⁴⁴.

Limited şirketin kamu borçları nedeniyle şirket ortaklarını takip etme usulü 405 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği⁴⁵ ile düzenlenmiştir. İlgili tebliğe göre, beyan edilen veya ihbarname ile şirkete tebliğ edilerek kesinleşen ve şirketten tahsil edilememiş kamu alacağı için tahsil dairesince 6183 sayılı Kanun m.55'e göre tanzim edilecek ödeme emri tebliği suretiyle başlanılmaktadır. 6183 sayılı Kanun m.58'e göre, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs (limited şirket ortağı), *böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı* hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine itirazda bulunabilir. Kanun hükmü gereği ödeme emrine karşı ortağın, ödeme emrine karşı 7 gün içinde vergi mahkemesine dava açma hakkı

⁴² AYM, 2.12.2004, E.2001/216, K.2004/120, (RG:21.10.2005, 25973).

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Kerojarvi/Finlandiya, B.No: 17506/90, 19.07.1995,para. 39-42

⁴⁴ Baykara, s.568.

⁴⁵ RG: 01.12.1998, 23550.

vardır. Ancak bu hak kısıtlıdır⁴⁶. Nitekim alacağın tarh aşamasında var olduğu düşünülen mevcut hukuka aykırılıklar, ödeme emrine karşı açılan davada ileri sürülemez. Bu durumda, tamamıyla hukuka aykırı olduğu benzer olaylardaki mahkeme içtihatları ile kesinleşmiş bir tarhiyat dolayısı ile şirket yetkili ortağının dava açmaması halinde, kendisine ödeme emri tebliği edilen ortak, ödeme emrine karşı açılan davada bu durumu ileri süremeyecektir. Bununla birlikte, kendisine ödeme emri tebliğ edilen ortak, genellikle tarhiyatın nedeninin ne olduğu konusunda bilgi sahibi değildir. Çünkü vergi dairesi, ortağa davayı ihbar etmemektedir.

Elinde defter ve belge bulunmayan ortak ödeme emrine gerekçesi olan kamu alacağının varlığının aksini savunup ortaya koyabilecek durumda değildir. Dolayısıyla davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte esası ihmal edilmiş olmaktadır. Diğer bir ifadeyle limited şirket ortağı karara etkisi olan ve dava dosyasında bulunan tarhiyata esas teşkil eden belge ve bilgilerden bir kısmına ulaşamadığından ve tarhiyata yönelik iddialarda bulunma hakkı söz konusu olmadığından (6183 m.58 gereği) dolayı, şirket ortağının savunma hakkı sınırlandırılmış olur ki, bu da adil yargılanma hakkının silahların eşitliği ve mahkemeye erişim bağlamında ihlali anlamına gelmektedir. Kısaca, kendisinden ortağı bulunduğu limitet şirkete ait kamu alacağı istenen ortağın etkin bir dava hakkı bulunmadığı gibi, hiçbir itiraz ve defî hakkı da yoktur⁴⁷.

5. MİRASÇILAR AÇISINDAN DURUM TESPİTİ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) m.10 kanuni temsilcilerin ödevlerini düzenlemekte olup, tüzelkişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzelkişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni

⁴⁶ Baykara, s.568.

⁴⁷ Baykara, s.569.

temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. Kanuni temsilcilerin bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanunî ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır. Tüzelkişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

Bununla birlikte 213 sayılı Kanun m.12'de mirasçılarının sorumluluğu düzenlenmiş olup, ölüm halinde mükelleflerin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılara geçer. Ancak mirasçılardan her biri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olurlar. 5766 sayılı Kanunla yapılan düzenleme neticesinde 6183 sayılı Kanun m.35'e göre, limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar. Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulurlar.

4721 sayılı Türk Medeni Kanun (TMK) m.606'ya göre, miras, üç ay içinde reddolunabilir. Bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe miras bırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar. TMK m.610'a göre, yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olmaktadır.

Üç aylık ret süresi içerisinde mirasın ret edilmemesi halinde mirasçılar TMK m.605/2'e göre, açıkça mirası reddetmemiş olsa bile, ölüm tarihinde miras bırakanın ödemediği aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, mirası hükmen reddetmiş sayılacaklardır. Ancak hükmen reddin gerçekleşmesi için kanun maddesinde belirtilen koşul

üzere “*ödemeden aczin ölüm tarihinde açıkça belli veya resmen tespit edilmiş*” olmasıdır⁴⁸. Bu nedenle daha sonradan ortaya çıkan kamu borcunun mirasçılardan tahsilinde ödemeden aczini iddia ederek hükmen mirasın reddolunması söz konusu olamaz. Zira ölüm tarihi itibarıyla ödemeden acizlik söz konusu değildir.

Anılan düzenlemeler kapsamında şirketi temsile yetkili olmayan bir limited şirket ortağının ölümü halinde şirket ödemeden aciz değilse, kendisine TMK gereği limited şirket hissesi düşen mirasçıların mirası kabul ettiğini ve daha sonra bu hisseyi sattıklarını varsayalım. Bir yıl sonra şirket nezdinde yapılan vergi incelemelerinde ölüm tarihinden önceki dönemlere sirayet eden bir vergi borcu ortaya çıkar ve şirket tüzel kişiliğinden ve aynı zamanda şirket müdüründen tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan vergi alacağı için miras yoluyla kendisine şirket hissesi kalan ve bu hisseyi satan mirasçılara 6183 sayılı Kanun gereği ödeme emri tebliğ edilecektir. Mirasçıların mirası (şirket hissesini) kabul ettikleri tarihte diğer bir ifadeyle ölüm tarihinde ödemeden acz söz konusu olmadığından mirasçılar açısından hükmen miras ret edilemeyecektir. 6183 sayılı Kanunun 35. maddesi gereğince, kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, kamu alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacaktır. Buna göre, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda farklı kişilerin şirket ortağı olması halinde, söz konusu kişilerin bu kamu

⁴⁸ Yargıtay HGK, 16.4.2008, E.2008/4-332, K.2008/336 “...Eğer mirasçı olabilecek kişi sarih irade beyanıyla ya da Türk Medeni Kanunu'nun 610. maddesinin ikinci cümlesinde açıklanan davranışlarla mirası kabul etmiş ise, zaten yapılabilecek bir işlem kalmamıştır. ... Mirası hükmen red etmiş sayılan kişi, tereke alacaklıları aleyhine husumet yönelterek bu durumun tespitini isteyebileceği gibi, bunu def'i yolu ile de ileri sürebilir. Açılan bu davada miras bırakanın ödemeden aczinin açıkça belli olduğunu dile getirmişlerdir. İşte bu halde mirasın reddedilmiş olduğunun kabulü gerekir. ... Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi, miras bırakanın taşınır, taşınmaz hiçbir malı olmadığı gibi, maaşının da bulunmadığı, herhangi bir işte de çalışmadığı belirlenmiştir. Yani miras bırakanın ödemeden aczi açıkça bellidir.”

alacağından müteselsilen sorumlu tutularak, sermaye hisseleri oranında takip edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda mirasçılar kendilerine ödeme emri gönderilen ve tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan miktar itibarıyla kendilerine kalan mirasın çok üzerinde olan vergi borcunu ödemek zorunda kalabileceklerdir. Bu aşamada mirasçılar 6183 sayılı Kanun m.58 gereğince, *böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı* iddiasıyla ödeme emrine karşı dava açabilir, ancak bu noktada tarhiyata yönelik dava açma ya da mirası reddetme hakları da söz konusu olamayacaktır.

Tüm bu ifadelerden sonra iyi niyetli bir kişiye limited şirket hissesi kaldığında mirasçılar tam bir hukuki güvensizlik ve korumasızlık içinde kendilerini bulacaklardır. Zira yukarıda bahsedilen miras olayının sermaye şirketlerinden anonim şirket ortağının ölümüne ve mirasçılıkların sorumluluğuna uyarlanması halinde mirasçıların şirketten tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarına karşı bir sorumlulukları olmayacaktır. O halde 6183 sayılı Kanunun m.35 ile getirilen hüküm, hem şirket ortaklarını hem de şirket ortaklığından kaynaklanan mirasçıların aleyhine bir durum arz etmektedir. Kendisine limited şirket hissesi düşecek olan mirasçının iş bu durumda kendini hukuksal olarak güvende hissetmediğinden/hissedemediğinden hukuki belirsizlik içinde bırakılmış olacaktır. Zira kendisine limited şirket hissesi kalan mirasçının idareye başvurup anılan limited şirketin son 5 yıla ait hesap ve kayıtlarının vergisel ve kamu alacakları açısından incelenmesini talep hakları/yükümlülükleri de yoktur.

Böylesine bir hakkın/yükümlülüğün olması halinde ölüm tarihine kadar olan kamu alacakları tespit edilecek ve ortaya çıkan kamu alacağına göre mirasçılar miras konusunda kabul veya ret kararı verebileceklerdir. Dolayısıyla 6183 sayılı Kanun m.35’de yapılan düzenleme iyi niyetli şirket ortaklarını olduğu gibi mirasçıları da hukuki güvenlik/belirlilikten yoksun bırakmaktadır.

6. SONUÇ

Anayasal kurallar hem kanun yapıcıları hem de vatandaşları bağlayan temel üst normlardır. Gerek yargı organları gerekse yasa yapıcıları bu kuralları/ilkeleri dikkate almakla yükümlüdürler. Türk hukuk sistemi içerisinde yer alan sermaye şirketlerinden önemlileri ve sayıca çoğunlukta olan şirket türü limited şirket ve anonim şirkettir. Her iki şirket türünün de faaliyetleri ve kuruluşları ile ilgili bir takım farklılıklar olmasına rağmen ortaklık yapısı itibarıyla temelde benzerlikler içermekte olup, ikisinin de sermaye şirketi olması münasebetiyle ortakların hukuksal durumları aynılık taşımaktadır.

Özellikle 4369 sayılı Kanun m.21’le 6183 sayılı Kanun’un değişik m.35’de limited şirket ortaklarının, şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacakları ve bu kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacakları hükmüne yer verilmiştir. 4369 sayılı yasa ile yapılan düzenleme öncesinde şirket tüzel kişiliğinin gerek piyasaya gerekse kamu kesimine olan borçlarından sorumluluğu konusunda hem limited şirket hem de anonim şirket ortaklarının benzer sorumluluğu söz konusu iken, yapılan düzenlemeyle limited şirket ortakları aleyhine durum ortaya çıkmıştır. Üstelik bu düzenlemenin haklı nedeni de tam olarak ortaya konulmuş değildir.

4369 sayılı yapılan düzenleme ile birlikte limited şirketler ortaklarının şirket tüzel kişiliğinin özel borçlar karşısındaki sorumluluğu tam olarak sermaye şirketi gibi düzenlenmiş, buna karşılık ortakların kamu borçlarından sorumluluğunda ise kısmen şahıs şirketi ortaklarının sorumlulukları kendilerine yüklenmiştir.

5766 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait kamu alacaklarının ödenmesinden ve kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, kamu alacağının ödenmesinden 6183 m.35 hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulmaları öngörülmüştür. Yapılan

bu değişlikle birlikte 6183 sayılı Kanun m.35’de yer alan ve limited şirket ortaklarının aleyhine durum yaratan mevcut uygulama şirket ortaklarının durumlarını daha belirsiz, dezavantajlı ve elverişsiz hale getirmiştir.

5766 sayılı Kanunla limited şirket ortaklarının aleyhine yapılan düzenlemelerle limited şirket ortağı olarak bulunmak veya limited şirket hissesi almak veya satmak; alanlar, satanlar veya şirkette bulunanlar için belirsizlik oluşturarak güvensiz bir ortamda meydana getirmektedir. Üstelik bu hukuksal güvensizlik/belirsizlik ve eşitsiz uygulama mirasçılar için daha ciddi boyutlara ulaşmaktadır. 6183 sayılı Kanun m.35de yapılan düzenleme gerek şirket ortaklarının gerekse mirasçılarının her zaman kötü niyetli olacağı varsayımına dayanarak kurgulanmıştır.

Yapılması gereken, hukuk güvenliği ve eşitlik ilkeleriyle adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliğini sağlayacak şekilde madde metninin yeniden yazılmasıdır. Zira bu haliyle madde metni kamu alacağından sorumluluğu haddinden fazla genişleterek bireysel haklarla kamu yararı arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır.

KAYNAKÇA

- AĞAR, Serkan.** Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2009.
- AKAD, Mehmet / Dinçkol Vural, Bihterin.** Genel Kamu Hukuku, İstanbul: Der Yayınları, 2004.
- AKINCI, Müslüm.** Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul: Beta Yayınevi, 1999.
- ALTUNDİŞ, Mehmet,** “Hukuki Güvenlik İlkesi”, Yasama dergisi, Sayı:10, 2008
- BAYKARA, Bekir.** Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku, Ankara: HUD Yayınları, 2008.
- BUDAK, Tamer.** Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2010.
- BUDAK, Tamer/ Benk, Serkan.** "Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme", İşletme ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi BERJ, 2(2), 2011, ss.61-76.
- CAN, Mustafa Erdem.** “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, 2011, S.4, ss.1-23, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_4_1.pdf (27.10.2013)
- CANDAN, Turgut.** Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2011.
- ÇELİK, Binnur.** “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu”, G.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, C.2, S.4, 2000, ss.121-126
- ERDOĞAN, Mustafa.** Anayasal Demokrasi, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2004.
- GERÇEK, Adnan.** Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Bursa: Ekin Yayınevi, 2010.

- KABOĞLU, İbrahim.** Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.
- KÖKÜSARI, İsmail.** “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:XV, S:1, 2011, ss.163-208.
- MUMCU, Ahmet/ Küzeci, Elif.** İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- ÖZAY, İl Han.** Günışığında Yönetim, İstanbul: Alfa Yayınları, 2002.
- ÖZBALCI, Yılmaz.** Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamalar, Ankara: Oluş Yayıncılık, 2010.
- ÖZBUDUN, Ergun.** Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- ÖZDEMİR, Muharrem/ Boynikoğlu, Muazzez.** “Son Düzenlemeler Işığında Limited Şirket Ortakları İle Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu”. www.bilgilidenetim.com, (10.08.2013)
- SABAN, Nihal.** Vergi Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2005.
- TEZİÇ, Erdoğan.** Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, 2005.

TÜRKİYE'DE BELEDİYE MECLİSİ KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Yrd. Doç. Dr. Hayri KESER*
Av. Ayhan AKOĞUL**

ÖZET

Belediye meclisi, belde halkı tarafından demokratik yöntemlerle seçilerek oluşan bir karar organıdır. Belediye meclisi kanunda belirtilen konularda karar alırken parlamento gibi çalışmaktadır. Beldeye ilişkin kanunda belirtilen önemli kararlar belediye meclisince alınmaktadır. Meclis kararları hukuka aykırılık gerekçesi ile meclise yeniden gönderilebilmektedir. Meclisin geri gönderilen kararı aynen kabul edebilmesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyu ile olmaktadır. Kesinleşen meclis kararları mülki idare amirlerine gönderilerek yürürlük kazanmaktadır. Vatandaşlar için yükümlülük getiren kararların ise tebliğ ya da duyurulması gerekmektedir. Belediye meclis kararlarının hukuka uygunluğu yargısal denetime tabidir. Belediye başkanı ısrar edilerek kesinleşen meclis kararlarının iptali için 10 gün içerisinde iptal için idari yargıya başvurabilmektedir. Mülki idare amirleri de genel koşullara göre iptal davası açabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Belediye Meclisi, Demokrasi, İptal Davası, Yargı, Denetim

* İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Malatya Belediyesi, Avukat, (İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Kentleşme ve Çevre Sorunları Bilim Dalı Doktora Öğrencisi)

JUDICIAL REVIEW OF MUNICIPAL COUNCIL DECISIONS IN TURKEY

Municipal council is a decision-making organ of the Local Authority, democratically elected by the local people. It functions as a parliament when taking decisions in local matters set out in the relevant Act of Municipality. As such, only decisions of significance are to be made by municipal councils in specified local matters stated in the Act. The legality of Council decisions can therefore be challenged and the Council may be required to conduct a review. To re-adopt the resolution upon return, a qualified majority of two thirds is required. Once finalised, the Council decision is sent to the Local Governor's Office in order to come into force. The decisions, which impose obligations on citizens, should duly be announced or notified. Council decisions are subject to judicial review. In ten days of re-adoption the mayor is entitled to make a nullity application to an administrative court, while the Local Governor can always seek judicial review for annulment on general grounds.

Keywords: Municipal Council, Democracy , Nullity suit, Judgement, Control

1. GİRİŞ

Yerel yönetimlerin güçlendirilmesi son yıllarda gündemi meşgul eden konulardan biridir. Küreselleşmeyle gelen yerel hizmetlerin yerel idareler tarafından görülmesi yönündeki talepler dolayısıyla yerel yönetimlerin güçlendirilmesi görüşü gün geçtikçe önem kazanmaktadır. Yerel yönetimlerin güçlendirilmesinin, bürokrasi ve kırtasiyeciliği azaltması, hizmetlerin gereksinimlere göre yürütülmesi ve demokratik ilkelere uygun olması gibi yararları varken; ülke bütünlüğünün sarsılması, partizanca uygulamalara neden olması, hizmetlerin yeknesak bir biçimde

yürütülememesi ve mali denetimdeki güçlükler gibi sakıncaları vardır¹. Bunun için yerel yönetimler güçlendirilirken karar alma mekanizmalarına halkın daha çok katıldığı bir yapı oluşturulmak istenmiş ve buna bağlı olarak belediye meclisleri kurulmuştur. Normatif demokrasi modeli ideal yani olması gereken demokrasi anlamında kullanılmaktadır.

Halkın halk için halk tarafından yönetimi ile normatif demokrasi kastedilmektedir. Ampirik demokrasi modeli, olan demokrasiyi ifade etmektedir. Ampirik demokrasi modelinin özelliklerini ise etkin siyasal makamların seçimle belirlenmesi, seçimlerin düzenli aralıklarla tekrarlanması, seçimlerin serbest olması, birden çok siyasal partinin bulunması, muhalefetin iktidar olma şansının bulunması ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin anayasa ile tanınmış ve güvence altına alınması oluşturmaktadır².

Yerel yönetimler demokratik toplum düzeninin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Yerel halkın mahalli ve müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasında önemli bir işlev yerine getirmektedir. Yerel yönetim organlarının halk tarafından belirlenmesi demokrasi ilkesi ile uyumludur. Seçimle iş başına gelen yerel yönetimlerde karar alınırken, belli bir önem derecesine ulaşmış konularda belediye meclislerine karar alma yetkisi verilerek daha demokratik bir yapı oluşturulmaya çalışılmaktadır. Ancak belediye meclisince alınacak kararların her zaman hukuka uygun olduğunu savunmak da güçtür. Zira belediye meclislerine seçilen üyelerin çoğu, mevcut iktidar partisinin hazırladığı listeye göre şekillenen kişilerden oluşmaktadır. Bunun için yerel yönetim organlarının aldığı kararlar çoğu zaman mevcut iktidarın istediği şekilde gerçekleşmektedir. Mevcut iktidarın her zaman hukuka uygun davrandığını savunmak da doğru bir yaklaşım değildir. Belediyelerin faydaları ve zararları ile ilgili tartışmalar devam etmekle birlikte, özerk yapıları da pek çok bilimsel tartışmaya konu edilmektedir.

¹ Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, Ankara-2003, s. 65-66.

² Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, Bursa-2013, s. 258-259 vd.; Dahl, Robert, **Demokrasi Üstüne** (Çev. Betül Kadioğlu), Phoenix Yayınevi, Ankara-Eylül 2001, s. 40.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı 1988 yılında Fransa'nın Strasbourg kentinde imzalanmıştır. Hukuki anlamda tarafı olduğumuz en önemli uluslararası anlaşmalardan birisi olarak kabul edilebilecek Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı mahalli idareleri, yani yer yönünden yerinden yönetim kuruluşlarını demokratik rejimin temellerinden biri olarak tanımlamakta ve bu bağlamda demokrasinin önemine vurgu yapmaktadır³.

Belediye karar makamları demokratik bir yolla, seçimle göreve gelmektedirler. Bunun sonucunda, halk tarafından seçilmiş olsa da görevin gereklerinin dışına çıkma eğiliminde olan kimselerin belediye teşkilatında yer alabilmesi de mümkündür. Ayrıca her ne kadar demokratik gibi görünse de, belediye meclislerince alınan kararlar bazen hukuka aykırı olabilmektedir. Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden birisi de idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olmasıdır. Demokratik olarak oluşan karar mercilerinin hukuka uygun davranması gerekmektedir. Bu nedenle belediye başkanı ve belediye meclisi tarafından alınan kararlar da hukuka uygun olmalıdır. Halk tarafından seçilmiş olmak, hiçbir sınırlama olmaksızın, istenildiği gibi karar alma hakkı vermemektedir. Seçim yolu ile gelen kişilere böyle bir serbesti sağlandığı algısı, hukuk devletinde her zaman doğru sonuçlar doğurmamaktadır. Devletin tüm organlarının hukuka ve buna bağlı olarak verilen yargı kararlarına uyması gerekmektedir. Anayasa'da seçilmiş organların ancak yargı kararı ile görevden alınabilecekleri açıkça belirtilmiştir⁴. Dolayısıyla hukuka aykırı davranan belediye meclis üyelerinin görevden alınması ve kararlarının mahkemelerce iptali ile karşılaşılabilmesi de mümkündür.

³ Muratoğlu, Tahir, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku”, İÜHFİM Cilt, LXIX, Sayı, 1-2, Yıl:2011, s. 741.

⁴ 1982 Anayasasının 127. maddesi “Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetim yargı yolu ile olur. Ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahalli idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanı, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

2. YEREL YÖNETİMLER, BELEDİYE YÖNETİMİ VE BELEDİYE MECLİSİ

Uluslararası toplum bilimleri sözlüğü yerel yönetimleri “*Bir devletin veya bölgesel yönetimin alt birimi olan, göreceli olarak küçük bir alanda, sınırlı sayıdaki kamusal politikaların belirlenmesi ve uygulanması ile görevli ve yetkili kılınmış bir kamu kuruluşu*” olarak tanımlamaktadır⁵. Kamu yönetimi sözlüğünde ise aynı kavram, “*Merkezi yönetimin dışında yerel bir topluluğun ortak bir gereksinimini karşılamak amacıyla oluşturulan, karar organlarını doğrudan halkın seçtiği, demokratik ve özerk bir yönetim kademesi, bir kamusal örgütlenme modeli*” olarak nitelendirilmiştir⁶.

1982 Anayasasının yerel yönetimleri düzenleyen 127. maddesinde “*Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.*” denilmektedir⁷. Türkiye’de yerel yönetim sistemi il, kent, köy ve bu üç birim arasında işlevsel ortaklıklar anlamına gelen birliklerden oluşur. Birinci kademe, kentlerin yönetim birimi olan belediyeler ile kırsal yerleşmelerin yönetim birimi olan köy muhtarlıkları vardır. İkinci kademe il temelinde il özel idaresi yer almaktadır. Yerel yönetim birlikleri, bu üç yerel yönetim türü arasında bir ya da birkaç amaçla kurulmuş olan yapılardan oluşmaktadır⁸. Anayasa koyucu yerel yönetimleri tek tek belirlemiş, daha sonra yerel yönetimlerin oluşturulmasını ve karar organlarının seçimi usulünün Anayasa değişikliği ile gerçekleşmesini arzuladığı söylenebilir.

⁵ Keleş, Ruşen, **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, Cem Yayınları, İstanbul-2000, s. 21.

⁶ Aydın, Murat, **Sosyal Politika ve Yerel Yönetimler**, Yedirenk Yayınları, İstanbul-2008, s. 31.

⁷ **Kazancı Hukuk Veritabanı**, 2012. (Not: Çalışmada belirtilen yasa maddeleri ve örnek kararlar için bu hukuk programından yararlanılmıştır.)

⁸ Güler, Birgül Ayman, “Yerel Yönetimler ve İnternet”, <http://inettr.org.tr/inetconf7/Sunum/yerelyonetim.doc> , Erişim Tarihi: 04.03.2012.

2.1. Belediye Yönetiminin Tarihi Gelişimi

Yerel yönetim sistemi içinde en ağırlıklı tür, kentsel yerleşmelerin yönetimi olan belediyelerdir. Belediyeler idari ve mali özerkliğe sahiptirler. Belediyenin karar organları belediye meclisi, belediye encümeni ve belediye başkanıdır. 5393 sayılı Belediye Kanununun 3. maddesinde, Belediye “*Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişi*”leri⁹ olarak tanımlanmıştır. Belediye Kanunundaki Belediye tanımının 1982 Anayasasındaki yerel yönetimler ile neredeyse aynı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla yerel yönetim denilince ilk akla gelen kurum belediyeler olmaktadır.

Modern belediye, sanayi devriminden sonra ortaya çıkmıştır. Sanayi devriminden sonra Avrupa’da belediyecilik adına gerçekleşen birçok ilerleme olmuştur. Avrupa’da sanayi devriminin etkisiyle kırdan kente doğru göçlerle birlikte kentlerdeki nüfus oranı da artmaya başlamıştır. Nüfusun artması kent yaşamında sorunları da çoğaltmış ve bu sorunların çözümü için belediye idarelerinin etkinliğinin artırılması sürecini başlatmıştır¹⁰. Sosyal, siyasal, ekonomik sebeplerle insanlar kentlere yönelmiş ve kentlerde nüfus artışına paralel olarak buralarda yaşayan insanların da sorunları arttığından belediyelerin görevleri ve yetkileri de bu oranda fazlalaşma eğilimi göstermiştir.

Osmanlı’da belediye teşkilatı tam manasıyla kurulmadan önce, yerel ihtiyaçların büyük bir kısmı, esnaf örgütleri ve vakıflar tarafından karşılanmaktaydı. Osmanlı’da, yerel yönetim birimlerinin oluşumu Tanzimat dönemiyle başlamıştır. Bu örgütlenmede özellikle Fransa’nın idari yapısından etkilenilmiştir. Tanzimat hareketleri ile birlikte Batı’dan esinlenen yerel yönetim modelinde, merkezi yönetim egemendi. Bu dönemde karşılaşılan sorun ise, Tanzimat dönemi belediyecilik

⁹ Günday, s. 435.

¹⁰ Bozlağan, Recep, **Türkiye’de Yerel Yönetimler**, Nobel Yayınları, Ankara-2008, s. 123.

anlayışında yerel özerklik, yerel demokrasiyi yerleştirme ve güçlendirme çabasının eksik olması söylenebilir¹¹. Osmanlı’da önceleri vakıflar ve kadı aracılığıyla yerine getirilen kentsel hizmetleri sunma görevi, 1855 yılında ilk olarak İstanbul’da kurulan şehremlerine (Belediyelere) bırakılmıştır. Şehremini (Belediye Başkanı) bakanlar kurulu tarafından önerilen ve padişahça atanan kişilerdir. Osmanlı döneminde İstanbul 14 belediye şubesine ayrılmış olup, belediye başkanları belediye meclisi üyeleri arasından merkezi yönetimce atanmaktaydı¹².

Son dönemde özellikle mahalli sorunların yerel yönetimler tarafından çözülmesi ön plana çıktığından belediye yönetimlerinin etkinliğini artırmıştır. Türkiye’de Cumhuriyet döneminden 2005 yılına kadar yürürlükte olan 1580 Sayılı Belediye Yasası tümden değiştirilerek 5393 sayılı Belediye Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanunla belediyelerin yetki ve görevlerine paralel olarak gelir kalemleri de artırılmıştır. Ayrıca 1984 yılında kabul edilen ve 2004 yılında değiştirilen 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile büyük kentler için özel yönetim biçimi öngörölmüş daha sonradan birçok il büyükşehir olmuştur. 12.11.2012 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 6360 sayılı kanun 06.12.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla birlikte 16 olan büyükşehir sayısına, 13 il daha eklenmek suretiyle 29 il büyükşehir haline gelmiştir¹³. Bu yasanın Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonra, Ordu ili de Büyükşehir olma yeterliliğini sağlamıştır. Bu nedenle anılan yasada değişiklik yapılarak, kanundaki “13 il” ibaresi “14 il”, “26 İlçe” ibaresi de “27 ilçe” olarak değiştirilmiş, sayılan büyükşehirler içine Ordu ili de eklenmiş, yasada yapılan bu değişikliğe dair düzenleme 22.03.2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece, 6360 sayılı kanun kapsamında büyükşehir olan il sayısı 14’e, toplam büyükşehir sayısı da 30’a yükselmiştir.

¹¹ İlber, Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, TODAİE, Ankara-1979, s.287.

¹² Bilgiç, Veysel K., **Yerel Yönetimler**, 21. Yüzyıl Yayınları, Ankara-1998, s. 37-38.

¹³ 6360 sayılı yasal düzenleme 6.12.2012 tarih ve 28489 sayılı Resmi Gazete’de “On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması İle Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” adı ile yayımlanmıştır.

Büyükşehir yapılan illerde hizmet sınırlarının ilin tamamını kapsamayı planlanarak belediyelerin yetki alanının genişletilmek istendiği görülmektedir. Ancak, bir hususun özellikle vurgulanması gerekir ki, 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Geçici 2. maddesi "*Büyükşehir belediye sınırlarına alınan belediyelerin organları büyükşehir belediyesi ilçe veya ilk kademe belediyesi organları; köy muhtar ve ihtiyar heyeti ise mahalle muhtar ve ihtiyar heyeti olarak ilk mahalli idareler genel seçimine kadar görevlerine devam ederler.*" ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla bu hüküm gereği, kanun Resmi Gazete'de yayımlanmasına rağmen, Büyükşehir Belediyesi olmasına karar verilen bu 14 il için yasanın yürürlük tarihi, ilk yerel seçimlerin resmi sonuçlarının ilan tarihi olduğu söylenebilir.

2.2. Belediye Meclisinin Görevleri ve Çalışma Usulü

Günümüz sisteminde Türkiye'de belediyeçilik anlayışında, güçlü başkan ve güçlü meclis vurgusu bulunmaktadır. Bu iki organın karşılıklı gücünün kaynağını ise, halk tarafından doğrudan yapılan seçimler oluşturmaktadır. Yürütme ve karar organı olarak belediye başkanı ve belediye meclis üyeleri halk tarafından doğrudan seçilmektedirler¹⁴.

Belediye Meclisi belediyelerin en üst karar alma merciidir. Bu meclislerin hangi konularda karar alabilecekleri ise kanun ile belirlenmiştir. Belediye meclisindeki temsilcilerin başarısında, yerel halkın ihtiyaçlarını ilgilendiren kararların alınmasında o yörede yaşayan halkla, karşılıklı etkileşim ve iletişim içerisinde bulunması etkili olmaktadır. Ayrıca vatandaşların taleplerinin dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁵ Belediye meclisini Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) şeklen benzetmek mümkündür. Ancak alınacak kararlar ve bu kararların yargısal denetimi konusunda belediye meclisi ile

¹⁴Kavruk, Hikmet, **Belediye Başkanlarının Görevden Uzaklaştırılmaları ve Başkanlıklarının Yargı Kararı İle Sona Erdirilmesi** <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-04/AUHF-2010-59-04-kavruk-tatar.pdf>, s.647, Erişim Tarihi: 04.03.2012.

¹⁵ Tortop, Nuri, "Yeni Demokratik Yapılanmada Gözönünde Tutulması Gereken Temel İlkeler", Amme İdaresi Dergisi, C.V, S.2, (1992), s.65.

TBMM arasında çok büyük farklar bulunmaktadır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince TBMM’nin çıkaracağı kanunların sadece Anayasa’ya aykırı olmaması gerekirken, belediye meclisinin görevleri kanunda açıklıkla gösterilmiştir. Belediye meclisinin kanunda belirtilen konular dışında kararlar alması mümkün değildir. Hatta yasada öngörülen kararlar dışında veya siyasi bir karar alırsa feshedilmesi durumu da söz konusu olmaktadır. Belediye meclisinin görevlerini düzenleyen Belediye Kanunu’nun 18. maddesinde belediyenin görevleri “ *Stratejik plân ile yatırım ve çalışma programlarını, belediye faaliyetlerinin ve personelinin performans ölçütlerini görüşmek ve kabul etmek; bütçe ve kesin hesabı kabul etmek, bütçede kurumsal kodlama yapılan birimler ile fonksiyonel sınıflandırmanın birinci düzeyleri arasında aktarma yapmak; belediyenin imar plânlarını görüşmek ve onaylamak, büyükşehir ve il belediyelerinde il çevre düzeni plânını kabul etmek; borçlanmaya karar vermek, taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesisine karar vermek; kanunlarda vergi, resim, harç ve katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı hizmetler için uygulanacak ücret tarifesini belirlemek, şartlı bağışları kabul etmek, vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş bin YTL’den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragat karar vermek; bütçe içi işletme ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa tâbi ortaklıklar kurulmasına veya bu ortaklıklardan ayrılmaya, sermaye artışına ve gayrimenkul yatırım ortaklığı kurulmasına karar vermek, belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek, meclis başkanlık divanını ve encümen üyeleri ile ihtisas komisyonları üyelerini seçmek, norm kadro çerçevesinde belediyenin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek, belediye tarafından çıkarılacak yönetmelikleri kabul etmek, meydan, cadde, sokak, park, tesis ve*

benzerlerine ad vermek; mahalle kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi, adlarıyla sınırlarının tespiti ve değiştirilmesine karar vermek; beleyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerini kabul etmek, İmar plânlarına uygun şekilde hazırlanmış belediye imar programlarını görüşerek kabul etmek....”olarak belirlenmiştir¹⁶.

Belediye meclisine verilen yasal görevler özellikli ve ağır bir nitelik taşımaktadır. Burada yasama organınca bu yetkilerin verilmesinde demokrasinin bir gereği olarak halk tarafından seçilen belediye meclisi üyelerinin aldığı kararların meşruiyetinin sağlanması, yerel demokrasinin ilerlemesinin istendiği de savunulabilir. Ancak belediye başkanı ve belediye meclis üyelerinin belirlenmesinde yerel seçmenlerin tam olarak etkisi bulunmamaktadır. Çoğu zaman belediye başkanı ve belediye meclis üyeleri parti yöneticileri tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle belediye meclislerin aldıkları kararların tamamen demokratik meşruiyete sahip olduğunu savunmak da güçtür.

Belediye meclisleri karar alırken, belediye başkanına ne kadar bağımlı oldukları hususu da tartışılmaktadır. Seçimle yani halkın desteğiyle göreve gelmiş, iki organın karşı karşıya gelmesi durumunda sorun nasıl çözülecektir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bu konuyu çözüme kavuşturan bir kararı mevcuttur. “*Belediyenin karar organı olan belediye meclisinin, belediye başkanı tarafından meclise getirilen her istemi uygun görmesi beklenemez. Belediye meclisi, gündem konularını belde halkının yararına olup olmadığı, belediyenin mali durumu gibi yönlerden de inceleyerek kararını vermelidir. Bu çerçevede yapılan bir değerlendirme sonucunda belediye başkanının istemlerini de kabul etmeyebileceği tabiidir. Belediye başkanının istemine aykırı karar alınması, her şartta belediye meclisinin kendisine kanunla verilen görevleri süresi içinde yapmayı ihmal etmesi ve bu durumun belediyeye*

¹⁶ **Kazancı Hukuk Veritabanı**, 2012. 6762 Sayılı Kanun yerini 6102 Sayılı Kanuna bırakmıştır. Bu nedenle 6102 sayılı Kanun çerçevesinde oluşan ortaklıkları anlamak gerekir.

ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratması olarak değerlendirilemez.”¹⁷ Danıştay’ın bu kararı ile belediye meclislerinin karar alırken, belediye başkanından emir ve talimat alma zorunlulukları olmadığı hususu da açıklığa kavuşturulmuştur.

Belediye meclisi yasal görevleri yerine getirirken hukuka uygun davranmak zorundadır. Belediye meclisince alınan kararlar sırf siyasi partilerin çıkarları doğrultusunda olması halinde, hukuken sorunlu kararların ortaya çıkması ihtimali yüksektir. Yerel yönetim kuruluşlarının özerkliği kural, idari vesayete tabi olmaları ise istisnai bir özellik taşımaktadır. Dolayısıyla idari vesayet yetkisinin kullanımı kanunda açıkça düzenlenmelidir¹⁸. Yerel yönetimler üzerindeki vesayet yetkisi çok sınırlandırıldığından hukuka aykırı kararların gözden kaçabildiği ve bu kararların uygulandığı görülmektedir. Bu nedenle belediye meclisince verilen kararların yargısal denetimi hukuk devleti ilkesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Belediye meclisi kesin seçim sonuçlarının ilanını takip eden beşinci gün kendiliğinden toplanır. Meclis bu toplantıda üyeleri arasından gizli oyla birinci ve ikinci başkan seçer. Belediye meclisinin doğal başkanı belediye başkanıdır. Meclis her ayın ilk haftası önceden kararlaştırdığı günde toplanır. Bütçe görüşmelerine rastlayan toplantı süresi en çok yirmi gün, diğer toplantıların süresi ise en çok beş gündür. Meclis resmi tatile rastlayan günlerde çalışmasına ara verebilir. Belediye meclisi her yıl bir ay tatil kararı alabilir. Belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve katılanların salt çoğunluğuyla karar verir. Ancak karar yeter sayısı üye tam sayısının dörtte birinden az olamaz. Meclis toplanmasında üye tam sayısının salt çoğunluğuna ulaşamaması halinde başkan, üç gün içinde toplanmak üzere meclisi tatil eder. Gelecek toplantı üye tam sayısının dörtte birinden az olmayan üye sayısı ile yapılır¹⁹. Belediye meclisi toplantıları halka açık bir şekilde yapılır. Meclis

¹⁷ http://www.tbb.gov.tr/storage/userfiles/yargi_kararlari/danistayidari1.doc%E2%80%8E , Erişim Tarihi: 11.12.2013.

¹⁸ Günday, s. 75.

¹⁹ Toprak, Zerrin, **Yerel Yönetimler**, Nobel Yayınları, Ankara-2006, s. 104.

başkanının veya üyelerden birinin talebi üzerine ve katılanların salt çoğunluğunun alacağı kararla gizli oturum yapılabilir²⁰.

2.2.1. Belediye Meclisi Kararlarının Kesinleşmesi

Belediye Kanununun 23. maddesinde “*Belediye başkanı, hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebilir. Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir. Belediye başkanı, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabilir. Kararlar kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilir. Mülki idare amirine gönderilmeyen kararlar yürürlüğe girmez. Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir. Kesinleşen meclis kararlarının özetleri yedi gün içinde uygun araçlarla halka duyurulur.*” denilmektedir²¹. Belediye meclisi kararlarının kesinleşmesi yasada açıklıkla belirtilmiştir. Belediye başkanının belediye meclisince alınan kararları geri gönderme yetkisinin güçleştirici veto niteliği taşıdığı söylenebilir. Çünkü süresi içerisinde gerekçesi belirtilmek suretiyle belediye meclisine geri gönderilen kararlar için daha nitelikli bir çoğunlukla karar alınması gerekmektedir. Belediye başkanı geri gönderme yetkisini kullanırken “yerindelik denetimi” yapamaz. Yasada, Belediye başkanının hukuka aykırılık tespit etmesi halinde, meclis kararını meclise iade edebileceği belirtilmiştir. Ayrıca kararın yürürlüğe girmesi için kararın en büyük mülki idare amirine gönderilmesi gerekmektedir. Mülki idare amiri de hukuka aykırı gördüğü kararlar için idari yargıda iptal davası açabilecektir.

İptal davası açma konusunda dikkat çeken nokta ise şudur: Mülki idare amiri konumundaki kişi, yani vali veya kaymakam, hukuka aykırı gördüğü kararlar için dava açma hakkını haizdir. Ancak, vali veya

²⁰ Eryılmaz, Bilal, **Kamu Yönetimi**, Okutman Yayıncılık, Ankara-2011, s. 172.

²¹ **Kazancı Hukuk Veritabanı**, 2012.

kaymakam çoğu zaman idareyi temsil ettiğinden akıllara idarenin aynı konuda hem davalı hem davacı olamayacağı hususu gelebilir. Ancak, burada vali veya kaymakam, idari karar alan belediye meclisinin hukuka aykırı kararlarına karşı halkı ve hukuk devleti ilkesini savunan bir kişi konumundadır.

Mülki idare amirinin iptal davası açabilmesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da dava açmada "menfaat" bulunması noktasıdır. İdari yargıda iptal davası açabilmek için gereken dava şartlarından biri de ehliyettir. Medeni kanunda öngörülen hak ve fiil ehliyetinin bir kişide bulunması o kişinin iptal davası açması için yeterli değildir. Ayrıca, davaya konu idari işlem dolayısıyla menfaatinin zedelenmiş olması (sübjektif ehliyet) gerekmektedir²². İşte kanun koyucu, mülki idare amirine, belediye meclisi kararlarına karşı dava açma hakkını vererek, kamu menfaatinin savunulması görevinin verildiği sonucuna da varılabilir. Ancak kanunda bu gibi açık hüküm olmadığı durumlarda, belediye meclisi kararlarına karşı yargı yoluna başvurmada menfaatin bulunup bulunmadığına yargı organları karar vermektedir. Nitekim Danıştay 8. Dairesinin E: 2004 / 4729, K: 2005 / 3142 sayılı karara konu olayda, Belediye Başkanı'nın, belediye meclisinde olumlu oy kullandıktan sonra aynı karar için iptal davası açması durumu söz konusu olmuş, Danıştay da, “ *Belediye başkanı sıfatıyla, aynı zamanda belediye meclisine başkanlık eden davacının toplantıya katılarak kabul oyu kullandıktan sonra, meclis kararına karşı dava açma ehliyetinden söz edilemeyeceğinden, işin esasına girilerek verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*²³” diyerek somut olayda belediye başkanının dava açmada menfaatinin bulunmadığını ve dolayısıyla da bu dava ile ilgili olarak iptal davası açma açısından ehliyetsiz olduğu belirtilmiş, davanın esasına girilmeden İdari Yargılama Usul Kanununun

²² Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, **İdare Hukuku Cilt – 2**, Turhan Kitabevi, Ankara-2011, s. 339 vd.; Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara-2006, s. 166.; Yıldırım, Turhan, **İdari Yargı**, Beta Yayınları, İstanbul-2010, s. 387; Kalabalık, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya-2011, s. 141.

²³ **Kazancı Hukuk Veritabanı**, 2012.

on beşinci maddesi uyarınca ilk inceleme aşamasında reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kanunla mülki idare amirine dava açma yetkisinin verilmesi, yerel yönetimlerde bir hukuka aykırılık olması halinde, merkezi idare temsilcisinin vatandaşın hakkını yerel yönetimlere karşı koruma düşüncesi yatmaktadır.

Mülki idare amiri için dava açma süresinin belirlenmemiş olması süresiz bir şekilde dava açabileceği anlamına da gelmemektedir. Mülki idare amirinin en geç İdari Yargılama Usul Kanununun yedinci maddesinde belirlenen süre içerisinde iptal davasını açması gerekmektedir ki dava açma süresi özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış gün, vergi mahkemelerinde ise otuz gündür.

2.2.2. Belediye Meclis Üye Sayısı ve Seçimi Usulü

Belediye Meclisine seçilecek üye sayısı ilin nüfusuna göre 9 ila 55 arasında değişmektedir. Asıl üye kadar yedek üye de seçilmelidir. Belediye meclisine üye seçilebilmek için 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesinde belirtilen sakıncaları²⁴ taşımamak şartıyla yirmi beş yaşını doldurmuş ve Türk vatandaşı olmak gerekir. Belediye meclis üyeliği, milletvekilliği, belediye başkanlığı, il genel meclisi üyeliği ve muhtarlık, başka bir belediye meclis üyeliği ve kamu görevliliği ile

²⁴ “İlkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile; Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olanlar, terör eylemlerinden mahkûm olanlar, Türk Ceza Kanununun 536 ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537’nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasî ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkûm olanlar.” milletvekili, dolayısıyla belediye meclis üyesi seçilemezler. 2831 sayı kanunda belirtilen suç ve yaptırımlara ilişkin olarak 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde öngörülen suç ve yaptırımlar göz önünde bulundurulmalıdır.

bağdaşmamaktadır. Seçim çevresi, seçimin yapılacağı beldenin kendisidir. Seçim sistemi ise onda birlik seçim çevresi barajlı nispi temsil sistemidir²⁵.

Belediye meclisi, TBMM kadar bilinen bir meclis değildir. İllerde yaşayan vatandaşlar arasında bir araştırma yapılırsa bu meclisten haberdar olmayan birçok kişi çıkacaktır. Ancak bu meclis üyeleri seçimle belirlendiği halde neden tanınmamaktadır? Kanımızca bunun sebebi şöyle açıklanabilir: Belediye meclisi seçimleri belediye başkanlığı seçimi ile birlikte olmaktadır. Belediye meclisine seçilen üyeler, halk tarafından seçilen değil parti tarafından seçilen kişilerdir. Belediye meclis üyelerinden çok, belediye başkanının seçimleri demokratik açıdan daha ön planda olduğu görülmektedir. Belediye meclis üyelerinin seçiminde halk tarafından yeterince inceleme yapılmaksızın bu üyelerin seçildiği görülmektedir. Karar alma sürecinde meclis üyelerinin belediye başkanının görüşüne uygun davrandıkları görülmektedir. Ancak meclise seçilen muhalefet partilerine mensup üyeler ile aksi görüşlerin de ifade edilebildiği ve bu şekilde yanlış uygulamaların gündemde tartışılabildiği ve engellenebilme imkânının bulunduğu söylenebilir.

Günümüzde gerçek manada yerel demokrasiyi oturtmak, sürdürülebilirliğini sağlamak ve yerel yönetimlerin etkinliğini ve verimliliğini güçlendirmek için, katılımcı modellerin oluşturulması ve uygulanması üzerinde durulmaktadır.²⁶ Yerel yönetimlerin güçlendirilmesinin asıl nedeni halka daha yakın olmasıdır. Dolayısıyla belediye meclisine verilen görevlerin yoğunluklu olmasının nedeni de bu şekilde halka yakın ve seçilen bir makamca beldede yaşayanların yönetime katılmasını sağlamaktır. Ancak halka yakın olarak görülen belediye meclisi temsilcilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri

²⁵ Gözler, Kemal- Gürsel, Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa-2011, s. 196.

²⁶ Palabıyık, Hamit-Mustafa Görün, **"Belediye Meclislerinde Temsil ve Katılım: Çanakkale Belediye Meclisi Örneği"**, Yerel Yönetimler Kongresi, 3-4 Aralık, Biga-Çanakkale-2004, s.261.

kadar tanınmaması manidardır. Bu aslında halka yakın görünen belediye meclisinin bir anlamda halktan kopuk karar aldığıın kanıtıdır.

2.2.3. Belediye Meclis Üyelerinin Cezaî Sorumluluğu ve Belediye Meclisinin Feshi

Görevi dolayısıyla bir suç işleyen belediye meclisi üyesi yargılanabilmektedir. Milletvekillerine tanınan sorumsuzluk ve dokunulmazlık ayrıcalığı belediye meclis üyelerine tanınmamıştır. Seçilmiş bir organ olan belediye meclis üyeleri, meclis toplantılarında ifade ettiği sözlerden sorumlu tutulabildiği gibi işlemiş olduğu suçtan dolayı da haklarında soruşturma açılabilir. Ancak il ve ilçe belediye meclisi üyelerinin yargılanması için İçişleri Bakanlığı'ndan soruşturma izni alınması gerekmektedir. Burada soruşturma iznine ilişkin karara itiraz, Danıştay nezdinde yapılmaktadır.

Belediye meclisinin kendisine verilen görevleri ihmal etmesi veya siyasi konularda karar alması durumunda feshi yoluna gidilebilmektedir²⁷. Anayasaya göre seçilmiş makamların görevden alınmasına ancak yargı karar verebilmektedir. Bu durumda İçişleri Bakanlığı'nın istemi ve Danıştay'ın kararı ile meclis feshedilebilmektedir²⁸. Belediye meclisinin feshine yargı karar vermezse geçerli bir fesih durumu gerçekleşmez. Bu konulardaki davalara, Danıştay'ın sekizinci dairesince bakılmaktadır.

3. YÜRÜTMENİN VE BELEDİYE MECLİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

Anayasa'nın 125. maddesinde her türlü idari kararın yargı denetimine tabi olduğu açıklıkla belirtilmiştir. Bu denetim hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Yargı organları bir anlamda üstün iktidar gücünü sınırlayan bir işlev yerine getirmekte ve idarenin hukuka aykırı davranmasını engellemektedir. Ancak başta 125. madde olmak üzere

²⁷ Belediye Kanununun 30. maddesi “Belediye meclisi;

a) Kendisine kanunla verilen görevleri süresi içinde yapmayı ihmal eder ve bu durum belediyeye ait işleri sekteye veya gecikmeye uğrattırsa,

b) Belediyeye verilen görevlerle ilgisi olmayan siyasi konularda karar alırsa, İçişleri Bakanlığının bildirimine üzerine Danıştay'ın kararı ile feshedilir.”

²⁸ Gözler- Kaplan, s. 198.

Anayasanın çeşitli maddelerinde getirilen istisnalar dolayısıyla, idarenin bazı kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Bu hukuk devleti açısından doğru bir yaklaşım değildir. Zira hukuk devletinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin hukuk alanı içerisinde bırakılması gerekmektedir. İdare çoğu zaman kendisine verilen yetkiyi aşırılıkla kullanmakta ve kendisine tanınan yasal sınırları aşma eğilimi göstermektedir. Hatta seçilmiş organlar yetkisini halktan aldığı için verilen kararlarının yargısal denetiminin demokrasi ile bağdaşmadığı da savunulmaktadır. Seçilmiş insanların yargı denetimi dışında bırakılması, bu insanların çoğunluk tahakkümü oluşturması tehlikesini de içinde barındırmaktadır. Doğrudan demokrasi uygulamalarının yaygınlık kazanması halinde belki bu denetimin bazı konularda sınırlanması beklenebilir. Ancak idareye yargısal denetim dışında bir alan bırakılması hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa’nın 127. maddesinde, seçilmiş organların organlık sıfatını kazanmaları ve kaybetmelerinin yargı kararı ile olacağı açıkça belirtilmiştir. Demokrasinin bir gereği olarak seçilmiş makamların bu sıfatı kazanmaları ve kaybetmeleri tarafsız ve bağımsız yargı koruması altına alınmıştır. Böylelikle siyasal denetim mekanizmalarının yanlı davranışları engellenmiş olmaktadır. Ancak seçilmiş makamlardan biri olan köy muhtarının görevden alınması yargı kararı ile değil, idari bir makamın kararı ile olmaktadır. Bu durum da hukuk sistemimizde olan, özgürlüklerin ve hukuksal güvencelerin anayasal güvenceler dışındaki kısıtlamalarla karşılaştığı savına bir örnek olarak verilebilir.

3.1. Belediye Meclis Kararlarının Denetimi

Belediye meclisinin yetkilerine bakıldığında, bu meclisin son derece geniş yetkilerle donatıldığı görülmektedir. Bu kadar yetkinin belediye meclisine verilmesinin nedeni istişare ve demokrasi kültürünün yerleşmesini sağlamaktadır. Ancak kanımızca, demokrasiye her sıkıntıyı çözen sihirli bir değnek olarak bakılmamalıdır. Halk tarafından seçilen bir insanın veya iktidarın verdiği kararları her zaman doğru addetmemek gerekmektedir. Yani halk tarafından seçilen insanların verdikleri

kararların her zaman doğru ve hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Yerel yönetimler üzerinde vesayet denetimi de çok sınırlı olduğundan, verilen bu kararları hukuk devletinin bir gereği olarak yargı makamları denetleyecektir. Belediye meclisi de bu şekilde seçimle gelmiş kişilerden oluşmaktadır ve meclisçe alınan kararlar her zaman doğru olmamaktadır. Bu kararların denetimi idari vesayet ve yargısal denetim yoluyla gerçekleşmektedir. 5393 sayılı yasaya bakıldığında zaman, daha önce yürürlükte olan 1580 sayılı yasaya göre vesayet denetiminin kısmen azaltıldığı, merkezi yönetimin yetkisinin sadece dava açmakla sınırlandırıldığı görülmektedir.

3.1.1. Belediye Meclisi Kararları Üzerinde Vesayet Denetimi

Vesayet denetimi, merkezi idarenin yerel yönetimlerin kararları üzerindeki denetim yöntemidir ve merkezden yönetimin yumuşatılmasını sağlayan ve sakıncalarını gideren yetki genişliği ilkesine karşın, yerinden yönetimin bazı sakıncalarını gidermeye yönelik olarak ortaya çıkan ilkedir²⁹. Merkezi yönetim anlayışının güçlü olduğu devletlerde yerel yönetimlerin kararları sıkı bir şekilde denetlenmekte ve merkezi idarenin uygun bulmadığı kararlar yürürlüğe girememektedir. Son dönemde yerel yönetimlerin yetkileri artırıldığı için merkezi idarenin vesayet denetimi bazı istisnalar dışında yargısal denetime tabi olmaktadır. Nitekim belediye meclisinin aldığı kararların mülki idare amirine gönderilmesi zorunlu olmakla birlikte, mülki idare amirinin yetkisi, sadece idari yargıda dava açmaktır. Bu konu ile ilgili olarak Danıştay İdari İşler Kurulu'nun vermiş olduğu bir karara bakıldığında *“Bu çerçevede, yerel yönetim idaresinin başı olan belediye başkanının, diğer bir yerel yönetim organı olan belediye meclisinin kararına karşı yapacağı başvurunun, mahalli idare organlarının karar ve işlemleri üzerinde merkezi idare adına yapılan bir denetim yolu olarak tanımlanan idari vesayet kavramı ile açıklanmasına olanak bulunmadığı gibi, bu başvurunun vesayet denetimi kapsamında*

²⁹ Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, **İdare Hukuku Cilt: 1**, Turhan Kitabevi, Ankara-2011, s. 152; Sancaktar, Oğuz, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayınevi, Ankara-2011, s.104.; Derdiman, Cengiz, **İdare Hukuku**, Alfa Aktüel Yayınevi, Ankara-2007, s. 75.

Danıştay İdari Dairesince incelenmesi de teorik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla Kanun Koyucunun, aynı maddede, aynı meclis kararına karşı, bir fıkrada idari itiraz yolunu, diğer bir fıkra da ise dava yolunu düzenlemiş olamayacağına göre, maddede hem belediye başkanına, hem de mülki idare amirine belediye meclisi kararlarına karşı tanınan başvuru yolunun yargı mercilerine iptal davası açmak olduğu anlaşılmaktadır.” şeklinde yaklaşım tarzı sergilediği görülmektedir³⁰. Ancak bu yaklaşım şeklinin yasada tek istisnasını mahalle, sokak adlarının değiştirilmesi ile ilgili mülki idare amirinin meclis kararını geri gönderebilme yetkisinin bulunması oluşturmaktadır. Nitekim Belediye Kanununun 9/n maddesinde “*Belediye sınırları içinde mahalle kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi, bölünmesi, adlarıyla sınırlarının tespiti ve değiştirilmesi, belediye meclisinin kararı ve kaymakamın görüşü üzerine valinin onayı ile olur.*” hükmü bulunmaktadır. Ancak meclis tarafından verilen kararlar mülki amirine gönderilmedikçe yürürlüğe girmeyeceğinden, mülki amirin meclis kararları üzerinde etkili olduğu da savunulabilir.

3.1.2. Belediye Meclisi Kararlarının Yargısal Denetimi

İdarenin her işlemi gibi belediye meclisinin aldığı kararlar da yargı denetimine tabidir. İdare işlem tesis ederken hukuka uygun davranmak zorundadır. Hukuka uygun olmayan kararların mahkemelerce iptali mümkündür. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca bir idari işlemin hukuka aykırılığı işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğelerine aykırı olması halinde mümkündür. Yine İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca İdari işlem açıkça hukuka aykırı ve uygulanması halinde telafisi güç ve imkânsız zararlar doğacaksa bu kararlar hakkında öncelikle yürütmenin durdurulması hakkında karar verilmesi talep edilebilmektedir.

Belediye meclisi karar alırken Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) görevine giren konularda karar almaması gerekmektedir. Anayasa’da bazı kararların TBMM tarafından alınması zorunluluğu getirilmiştir. 1982 Anayasasında vergi konulması ve hapis cezası

³⁰ <http://www.danistay.gov.tr/dergiler/123.pdf>, Erişim Tarihi: 11.12.2013.

verilmesi niteliğindeki işlemlerin ancak kanunla olacağı belirtilerek, bu konuda sadece TBMM yetkilendirilmiştir. Bireyler için uyulması zorunlu para, mal ve çalışma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Belediye meclisinin yasal düzenleme gerektiren konularda karar alması durumunda açılacak dava neticesinde bu kararların mahkemelerce yoklukla malul olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durum fonksiyon gaspını meydana getirmektedir ve yokluk yaptırımı ile sonuçlanmalıdır³¹. Vergi konulması ve hapis cezası konusunda belediye meclisini yetkilendiren kanunlar Anayasa Mahkemesince anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2011 tarihli, 2010/62 Esas ve 2011/175 karar sayılı kararında “*Belediye gelirleri arasında yer alan bazı vergilerin maktu tarifelerini, kanunda belirlenen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla belirleme yetkisi belediye meclislerine verilmiştir. Belediye meclislerine verilen bu yetki, kanun koyucu tarafından vergilemenin temel öğelerinin belirlenerek uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına verilen düzenleyici idari işlemlerde bulunma yetkisi ya da kanunla getirilen bir düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte verilen bir yetki olmayıp doğrudan vergi miktarının belirlenmesine ilişkin bir yetkidir. Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında, “vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir” denilmektedir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapabilecek, ancak bu sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir. Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki istisnai bir yetkidir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesidir. Dolayısıyla bu konularda yukarı ve aşağı sınırları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi ise kanunun öngörmesi koşuluyla ancak Bakanlar*

³¹ Fonksiyon gaspı için bkz., Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 321 ve 375.

*Kurulu’na verilebilir. Bu nedenle, belediye meclislerine vergi tarifelerini belirleme yetkisi veren kural Anayasa’nın 73. maddesine aykırıdır.”*denilmektedir³². Bu karara göre belediye meclislerine vergi tarifelerini belirlemek şeklinde verilen yetkinin anayasaya aykırı olması nedeniyle iptal edildiği görülmektedir. Ancak yine idari bir makam olan Bakanlar Kurulunun yasalarda belirlenen alt ve üst sınırlarda değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmasında bir sakınca görülmemiş, belediye meclisinin alt ve üst sınır arasında bir oran belirleme imkânına sahip olması ise anayasaya aykırı bulunmuştur. Demokratik yöntemlerle oluşan belediye meclisleri buldukları ilin koşullarını daha iyi anlayan kurumlar olmalarına rağmen yasama organının sahip olduğu alanlarda yetki kullanmamalıdır. Ancak bazı vergilerde iller arasında ayırım olması daha adil bir sonuç meydana getirebilir. Örneğin İstanbul gibi büyük yerleşim yerlerindeki yaşam koşulları ile Hakkâri ilindeki yaşam ve gelir imkânları aynı değildir. Bunun için vergi oranlarının belirlenmesi konusundaki bazı yetkilerin belediye meclisine verilerek geliri az olan insanların yaşadığı yerlerde daha düşük vergi oranlarının belediye meclislerince belirlenmesi daha adil sonuçların meydana gelmesine neden olabileceği de düşünülebilir. Ayrıca belirlenen bu vergilerden elde edilecek gelirler belediyeler tarafından kullanılacağından Anayasada değişiklik yapılarak kanunda belirtilen alt ve üst sınırın arasında vergi belirleme yetkisi belediye meclislerine verilebilir. Ancak bu şekilde yapılabilecek bir yasal düzenleme de vergilerde eşitlik ve genellik ilkesi ile uyumlayacaktır.

3.1.3. Belediye Meclisi Kararları Aleyhine İdari Yargıya Başvurabilecekler

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 23. maddesinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki halinde belediye meclis kararlarına karşı belediye başkanı ve mahallin en büyük mülki idare amirinin dava açma hakkı bulunmakta idi. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra mülki idare amirinin ise genel hükümlere göre dava açma hakkı devam etmektedir. Bunun yanında 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun

³² Kazancı Hukuk Veritabanı, 2012.

yürürlükteki 23/3 maddesine göre, belediye başkanı meclisin kesinleşen kararları aleyhine 10 gün içerisinde idari yargı organlarına iptal davası açabilir. İptal davası, belediye meclisinin bulunduğu yer idare ve vergi mahkemelerine açılmalıdır. Belediye meclis kararından bir hakkı veya menfaati zedelenen gerçek ve tüzel kişiler de genel hükümler uyarınca dava açma hakkına sahiptirler. Belediye meclisi kararından hakları haleldar olanların dava açması hukuk devletinin bir gereğidir. Belediye meclisi kararından bir hakkı ya da menfaati zedelenen kişiler bu hakkını, Anayasasının 127. maddesi ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. ve 7. maddesi gereğince kararın kendilerine tebliğinden itibaren dava açma süresi içinde kullanabilirler.

3.1.4. Yargısal Denetimin Kapsamı, Süresi ve Denetimin Yapılacağı Mercii

Anayasa'nın 125. maddesinde ve İdari Yargılama Usulü Kanununun ikinci maddesinde; idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu ve yerindelik denetimi yapılamayacağı yönünde düzenlemeler bulunduğu için, belediye meclisi kararları üzerinde gerçekleştirilecek denetimin yerindeliği kapsamayacağı ve yalnızca hukukilik denetimiyle sınırlı kalacağı söylenebilir³³. Mahkemeler idareyi belli bir işlem yapmaya zorlayacak şekilde karar vermemelidir. Anayasasının 125. maddesinin 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunun 11. maddesi ile değiştirilen 4. fıkrasında “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.*” Hükmünü ihtiva etmektedir. Mahkemelerin görevi idarenin, kendilerinin istediği gibi davranmasını sağlamak değil, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu

³³ Kaplan, Gürsel, “5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5393 Sayılı Belediye Kanununa Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerindeki Denetim”, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-denetim.htm>, Erişim Tarihi: 17.03.2013.

denetlemektir. Bu nedenle mahkemenin, belediye meclisince verilen kararın “yerindeliliğini” değil “hukukiliğini” tartışması gerekmektedir.

Danıştay 8. Dairesinin 2008/7089 esas ve 2008/7331 karar sayılı kararında “*davalı idarenin, kendisine yasal olarak verilmiş yetki ve görevi yokken, kuruluşu, yönetilmesi ve denetlenmesi ayrı bir yönetmelikle düzenlenmiş bulunan, kurs ve yurtlara yapacağı yardım için almış olduğu davaya konu meclis kararında kamu yararı bulunmadığı gibi, yasal olarak giderleri arasında bulunmayan kuruluşlara yapılacak yardımın “öğrenci sayısına ve ihtiyaca göre” olarak soyut şekilde ifade edilmesi de işlemin sebep yönünden sakatlığı sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, idarelerin gelirlerini etkin, verimli ve rasyonel kullanmaları zorunluluğu karşısında, yasal olarak kendilerine verilen bir yetki veya görev olmaksızın, üstelik giderleri arasında da sayılmayan kuran kursları ve gönüllü kuruluşlarca açılmış kâr amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına yapılacak yardıma ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” görüşüne yer verilmiştir³⁴. Mahkemelerin görevi sadece hukuka uygunluk denetimi yapmakla sınırlı olmasına rağmen burada yerindelik denetiminin yapıldığı görülmektedir. Her ne kadar belediyelerin görevleri kanunla belirlense de bu görevlerinden bazıları idarenin takdirindedir. Danıştay bu kararında; idarelerin gelirlerini etkin ve verimli kullanmamaları nedeniyle iptal kararı verdiğinden, belediye meclisinin kararını yerindelik açısından denetlemiştir. Yargı makamları idarelerin işlemlerinin yerindeliliğini denetlerlerse sıkıntılı birçok sonucun oluşmasına davetiye çıkarabilirler.

Belediye meclislerince verilecek kararlara karşı vatandaşlar tarafından açılacak davalarda özel bir dava açma süresi belirlenmemiştir. Bunun için genel dava açma süresi olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu 7. maddede belirtilen sürede dava açılması gerekmektedir. Ancak belediye meclisinin ilanı gereken düzenleyici işlemlerinin dava açma süresi ilanın son gününden itibaren altmış gündür. Belediye meclisinin vatandaşları ilgilendiren kararları daha çok imar planları ve yönetmelikler olmaktadır.

³⁴ Kazancı Hukuk Veri Tabanı, 2012.

Özellikle imar planlarına karşı askı süresinin bitiminden sonra altmış günlük süre içinde dava açılmaması halinde sonradan açılan davalar yargı organlarınca kabul edilmemektedir. Mahkemelerin bu süreyi genellikle vatandaş aleyhine yorumladığına ve davaların çoğunun bu şekilde reddine karar verildiği görülmektedir. İmar planının yapıldığı sırada, orada olmayan mülkiyet sahiplerinin sonradan bu imar planından haberdar olması ve askı süresinden sonraki sürenin kaçırılması sonucunda bu plana dava açamaması hak arama özgürlüğünün bir anlamda kısıtlanması sonucunu da beraberinde getirmektedir³⁵.

Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrası “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*” hükmünü düzenlemektedir. Çoğu idare tesis ettiği işlemlerde, Anayasanın bu hükmüne uygun şekilde davranmamaktadır. Bu nedenle vatandaşlar tarafından yanlış makamlara başvurularak bürokratik süreç uzamakta, diğer taraftan idarelere karşı açılan davalar Anayasanın bu hükmünün göz ardı edilmesi halinde istenilen sonuç elde edilememektedir. Bürokratik sürecin uzamasından, hem idare hem de vatandaşlar zarar görmektedir. Anayasanın bu hükmü çoğu zaman idarelerce uygulanmadığı için hak kaybına neden olmaktadır.

Belediye meclisi kararlarının iptali için kural olarak idari yargıda dava açılması gerekmektedir. Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu davalar konusunda Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde belirtilen, belediyelerin seçimle işbaşına gelen organlarının organlık sıfatını kaybetmeleri dışındaki belediye meclisi kararları hakkında Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu başka

³⁵ Burada sorunun çözümü için Kamulaştırma Kanunu’ndaki uygulamanın kıyasen bu uygulamada esas alınmasının veya İmar Kanunu’nda bu yönde bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağı inancındayız. Zira, nasıl ki, kamulaştırma kararı alındıktan sonra, mal sahibine bunu bildiren bir tebligat yapılmakta ve kişi bu durumdan haberdar kılınmakta ise, imar planı değişikliklerinde ve düzenleme ortaklık payı uygulamalarında da bu husus ilgisine bildirilmeli, böylece dava ve sair önlemlerin henüz iş işten geçmeden alınması sağlanmalıdır. Benzer görüş için bkz. Tahtalı, Murat Buğra, **Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya-2012, s. 73.

bir dava çeşidi yoktur. Ayrıca bazı davalar adli yargının görev alanına girmektedir. Örneğin bir taşınmazın aynından kaynaklanan davaların ve kamulaştırmanın bedeline ilişkin davaların adli yargı da görülmesi gerekmektedir. Belediye meclisinin buna yönelik görevlerinden olan taşınmaz satımı gibi kararlarına karşı da adli yargıda dava açılması gerekmektedir.

3.2. Belediye Meclisinin Kararlarına İlişkin Yargı Kararlarının İncelenmesi

Belediyeler, mahkemeleri en fazla iş yükü ile karşı karşıya bırakan kurumların başında gelmektedir. Belediyeler yerel hizmet sunarken çoğu sorunla karşılaşmaktadır. Belediye meclislerince çoğu zaman doğru kararlar alınsa bile alınan bu kararlar kentte yaşayanların bir kısmınca beğenilmemektedir. Belediyenin yaptığı bir hizmet veya idari iş dolayısıyla ilde yaşayan tüm halkın memnun olması en doğru olanıdır. Ancak kamu hizmetleri görülürken çoğunlukla bu hizmetten faydalananlar var iken diğer taraftan bu hizmetin külfetine katlananlar da bulunmaktadır. Bu külfetle karşılaşan insanlar mahkemelere başvurarak hak talebinde bulunabilmektedirler. Bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluk ilkelerinden biri olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ilkesi ortaya çıkmıştır. Alman hukukunda “fedakârlığın denkleştirilmesi” olarak isimlendirilen kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi “İdarenin tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanması olmaksızın bazı kişilerin diğerlerine nazaran özel ve olağan dışı zarara uğraması halinde, zararın giderilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır³⁶. Bu şekilde kamu hizmetinin külfetine katlanan kişilerin zararlarının karşılanmasında idarenin kusuru aranmamakta ve hukuk devletinin gereği olan adalet ilkesi doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir. İşte belediye meclisi de bir ildeki imar planı, stratejik plan, taşınmazların satımı ile ilgili önemli kararlar aldığında bu kararlara karşı doğal olarak itirazlar da olmaktadır.

³⁶ Kalabalık, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Değişim Yayınları, İstanbul-2004, s. 308-309.

Danıştay 5. Dairesinin 2009/5668 Esas, 2010/7598 Karar sayılı kararında “Belediye Meclisi’nin kararıyla, Yardımcı Hizmetler Sınıfında görev yapan 38 adet bekleme ait dolu kadronun, ihtiyaç olmadığı gerekçesiyle hizmetli kadrosu ile değiştirilmesine yönelik işlem tesis edildiği anlaşılmış olup, belediye meclisine sadece boş memur kadrolarını iptal edebilme yetkisi tanınmış olduğundan, dolu bekleme kadroların iptal edilerek hizmetli kadrosuna dönüştürölmesi işleminde mevzuata ve hukuka uyarlık görölmemiştir.”denilmektedir³⁷. Bu karardan belediye meclisine tanınan yetkilerin dışında yetki verilemeyeceği sonucu çıkarılabilir. Kamu hukukunda yetkisizlik asıl, yetkililik ise istisnai bir özellik taşımaktadır. Bir makamın kanunla belirlenen yetkiler dışında kendiliğinden bir konu hakkında kendisini görevli görmesi doğru değildir. Oysa Türkiye tarafından bazı maddelerine çekince konulan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın 6. maddesinin 1. fıkrasında yasa ile getirilen sınırlamalar hariç yerel yönetimlerin kendi iç örgütlenmelerini kendileri belirleyebilecekleri belirtilmiştir. Buna göre yerel yönetimlerden olan belediyelere bu yetkinin verilmeyerek yargı makamlarınca kendi iç örgütlenmesine yönelik engel çıkarılması doğru bir yaklaşım değildir.

3.2.1. Belediye Meclisinin İmar Planları ile İlgili Kararlarının Yargısal Denetimi

Belediye meclislerinin kararlarından en dikkat çeken ve toplumda sıkıntılar yaratanı imar planları ile ilgili olan kararlardır. Zira yerel halk birebir bu plandan etkilenmektedir. İmar planıyla bir yerin değeri oldukça artmaktadır. İdare bu değer artışına bağlı olarak yüzde kırka kadar düzenleme ortaklık payı alabilmektedir. Alınan düzenleme ortaklık paylarının mülkiyet hakkına aykırı olduğuna dair Anayasa Mahkemesinde davalar açılmış ancak Anayasa Mahkemesince bu talepler kabul edilmemiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, belediye meclisinin ilanı gereken düzenleyici işlemlerine karşı dava açma süresi ilanın son gününden itibaren altmış gündür. İmar planlarının askı süresinin bitiminden sonra

³⁷ Kazancı Hukuk Veritabanı, 2012.

altmış günlük süre içinde dava açılmaması halinde sonradan açılan davaların kabul edilmemesi hukuk yollarının bir anlamda kapatılması sonucunu doğuracaktır. İmar planı ilan edildiğinde orada olmayan kişilerin sonradan bu imar planından haberdar olması ve askı süresinden sonraki sürenin kaçırılması sonucunda bu plana dava açamaması hak arama özgürlüğünün bir anlamda kısıtlanmasına neden olmaktadır. Bu şekilde bir süre kısıtlaması ayrıca Anayasasının 40/2 maddesinin bir anlamda ihlali sonucunu doğuracaktır.

Belediye meclisinin kararlarına karşı açılan davaların büyük çoğunluğu belediye meclisi tarafından onaylanan imar planlarıdır. Danıştay 6. Dairesi’nin 2005/6129 Esas ve 2007/6788 Karar sayılı kararında “*Uyumsuzluğun çözümünde öncelikle söz konusu alanda ıslah imar planı yapılmasını gerektiren şartların bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Bu şartlar mevcut ise 2981 sayılı Kanun uyarınca yapılmış olan dava konusu 1/1000 ölçekli ıslah imar planının ve parselasyon planının, 3194 sayılı Kanun uyarınca yapılan 1/5000 ölçekli nazım imar planından bağımsız olarak, 2981 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikte belirtilen ilkelere uygun yapılıp yapılmadığının irdelenmesi gerekmektedir.*” şeklinde karar verilmiştir³⁸. Bu kararda Danıştay, imar planlarının hazırlanırken diğer imar planlarına ve kanunlara uygun olup olmadığının irdelenmesini istemektedir. İdarenin işlemlerinin bütüncül bir yaklaşımla birbirini tamamlaması ve kanunlara uygun olması gerekmektedir. Özellikle geçmişte çıkarılan imar affi gibi kanunlarla bu bütünlük bozulmuş ve idarelerin ve mahkemelerin verdikleri kararlarda sıkıntılar yaşanmaya başlamıştır. İmar affi gibi kanunlarla vatandaşlar daha sonra af çıkar ümidiyle kaçak ve plansız yapılar yapmakta ve bu olayların çözümü ise büyük sorunların yaşanmasına neden olmaktadır.

3.2.2. Belediye Meclisinin Çıkardığı Yönetmelikler ile İlgili Yargısal Denetim

1982 Anayasasının 124. maddesinde “*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve*

³⁸ Kazancı Hukuk Veritabanı, 2012.

tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” hükmünü ihtiva etmektedir. Anayasanın bu hükmüne göre bir kamu tüzel kişisi olan belediye meclisinin yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Belediye meclisince çıkarılacak yönetmeliklerin kanuna ve evleviyetle anayasaya aykırı olmaması gerekmektedir. Kanuna aykırı yönetmeliklerin iptali istemi ile açılan davalarda görevli mahkemelerce iptal edilmektedir. Ayrıca çıkarılacak yönetmeliklerin belediyelerin kendi görev alanlarına giren bir hususta olması gerekmektedir. Belediyelere böyle bir imkân tanınmışken ve belediye meclisi gibi demokratik olarak oluşturulan yapılara rağmen düzenleme yapma yetkilerinin yeterince kullanılmadığı görülmektedir. Belediyeler genellikle iç işleyişi için yönetmelikler çıkarmakta, vatandaşlar için uyulması zorunlu icrai nitelik taşımadığı için dava açılmasının önü de idarece kapanmış olmaktadır.

3.2.3. Belediye Meclisinin Taşınmaz Satışı İle İlgili Kararlarının Yargısal Denetimi

Belediye Kanunu'nun belediyenin görevlerini düzenleyen 18. maddesinde *“Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesisine karar vermek,”* belediyeye meclisinin görevleri arasında gösterilmiştir. Taşınmaz satışı idarelerin elindeki değer itibariyle en önemli varlıkların satışı anlamına geldiğinden, bu görev belediye meclisine verilmiştir.

Satış sırasındaki usulün nasıl izlenmesi gerektiği konusunda Danıştay'ın yanında Yargıtay'ın da önemli bir emsal kararı da mevcuttur. Emsal karara konu olayda, Erzurum Belediye Meclisince satışına karar verilen, ancak satılacak parsellerin numaraları yazılmadığı için encümen tarafından yapılan satış mahkemece iptal edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 14.10.2009 tarihli ve E: 2009 / 14-380 – K: 2009 / 433 sayılı kararında, Belediye meclisi satışa karar verirken satılacak

taşınmazın ada ve parsel numaralarının açıklıkla belirtilmesi gerektiğine, aksi halde yapılan satışın geçersiz olduğuna karar vermiştir³⁹.

Kamulaştırma Kanununun 22. maddesi, “ tarafların anlaşmasıyla vazgeçme ve devir” kenar başlığı altında kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, bu durumun idarece mal sahibi veya mirasçılara 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçuları, aldığı kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilmesine imkân tanımaktadır. Ancak kamulaştırılan taşınmaz malda, kamulaştırma amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmasından sonra önceki mal sahibine ilişkin olarak bu hüküm uygulanamayacağını hüküm altına almıştır. Belediye meclisi taşınmaz satışına karar verirken 2942 sayılı kanunun 22. maddesini göz önünde bulundurmamak zorundadır. Ancak belediye meclisleri yasal düzenlemelere dikkat etmeden satış kararı vermeleri halinde taşınmazın eski maliklerinin açtığı yüklü tazminat davaları ile karşılaşmakta ve çoğu zaman bu kararlar idare aleyhine sonuçlanmaktadır. Kamulaştırma Kanunu’nun bu hükmü gereğince idareler elindeki taşınmazları satışa çıkaramamaktadırlar. Zira kırk yıl önce kamulaştırdığı zaman değeri az olan bir taşınmaz yıllar sonra çok fazla değerlenmektedir. Bu nedenle idareler genellikle elindeki kamulaştırdığı taşınmazı satmak istememektedirler. Bu yanlışlığı gören yasama organı, Kamulaştırma Kanununun 22. maddesini 6427 Sayılı “Yeraltı Suları Hakkında Kanun İle Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile değiştirmiştir. Kanunun bu maddesine “Kamulaştırılan taşınmaz malda, kamulaştırma amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmasından sonra bu hüküm uygulanmaz.” hükmü eklenerek önceki hak sahipleri aleyhine bir sonucun çıkması sağlanmıştır.

Belediye meclisleri mülkiyet hakkının korunması konusunda karar alırken, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

³⁹ Kazancı Hukuk Veritabanı, 2012.

kararlarını da göz önünde bulundurmalıdır. Belediye meclisleri taşınmaz satışı kararlarında vatandaşların mülkiyet hakkına saygı göstermelidir. Kamulaştırma Kanununun 38. maddesi Anayasa Mahkemesince 10/04/2003 tarih ve 2002/112 esas, 2003/33 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi, “Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar” hükmünü ihtiva etmekteydi.

Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırmanın, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlama oluşturduğunu vurgulamıştır. İdarenin Anayasa ile tanınan hak ve yetkileri yasaya uygun bir biçimde kullanması, kamulaştırma ilkelerine aykırı davranmaması gerektiği belirtilmiştir. Anayasal sınırlara uyulmadan kamulaştırma yönteminin kullanılması suretiyle yapılan el atmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu durum anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmatsız el koyma olarak nitelendirilmiştir. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olarak tespit edilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bu iptal kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını da göz önünde bulundurmıştır. Yasa koyucu tarafından 18.06.2010 tarihinde kabul edilen 5999 sayılı yasanın 1. maddesinde “*Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut*

irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır.” hükmünü getirerek kamulaştırmaz el atmalarda öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi yolunu öngörmüştür⁴⁰. Bu kanun ile ödenecek bedelin el atma tarihindeki değerinin belirlenmesi ve ödenmesi usulü benimsenmiştir. Bu hakkaniyete aykırıdır. Zira mülkiyet hakkı hukuk devleti ilkesinin en önemli değerlerindedir. Bunun için kamulaştırmaz el atılan taşınmazın güncel değeri üzerinden bedel belirlenmeli ve ödenmelidir. Aksi halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yeni başvurular ve aleyhe tazminat ödenmesi sonucunun doğabilme ihtimali bulunmaktadır. Belediyeler kamulaştırmaz el atma davalarına en fazla muhatap olan idarelerdir. Bunun için taşınmaz alım satımında yetkilendirilen belediye meclisleri, bu yetkileri kullanırken, uluslararası hukuk kuralları da dâhil olmak üzere tüm hukuk kurallarına uygun davranmalıdır.

3.2.4. Belediye Meclisinin Diğer Kararlarının Yargısal Denetimi

Belediye meclislerinin aldığı, bazı şirketlere imtiyaz verilmesine ilişkin işlemlerin iptali için dava açılabilmektedir. Danıştay 8. Dairesi’nin 18.4.2008 tarihli ve 2007/1861 esas, 2008/2875 sayılı kararı Malatya şehir içi ulaşımının sağlanması amacıyla toplam 14 hatta 20 adet otobüsün “özel halk otobüsü” olarak 49 yıl süreyle imtiyaz yoluyla kiraya verilmesine yönelik Malatya Belediye Meclisi kararının iptali istemine ilişkin ilk derece mahkemesinin ret kararı vermesine ilişkindir. Danıştay, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuştur. Danıştay kararında “çevre illerden sürekli yoğun göç alınmasını ve üniversiteye bağlı yeni fakültelerin açılmasından kaynaklı öğrenci sayısındaki artışların şehrin nüfusunun artmasına yol açtığını belirterek, bütün bunların sonucunda da, belediye araçları ile taşınan yolcu sayısında artış olduğu gerçeğinden hareketle, mevcut 70 adet otobüsün eski ve arızalı olup şehrin artan ulaşım

⁴⁰ Kazancı Hukuk Veritabanı, 2012.

ihtiyacının karşılanması ve taşımının daha kaliteli olmasının sağlanmasına yetecek düzeyde olmadığı, güzergâhları ve sayıları belirlenen 14 hat için 20 adet otobüsün “Özel Halk Otobüsü” olarak imtiyaz yoluyla 49 yıllığına kiraya verilmesi için Malatya Belediye Meclisinde karar alındığı, bu karar alınırken Danıştay’ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı kararının alınmadığı, söz konusu kararın iptali istemiyle açılan davanın, İdare Mahkemesince reddedilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁴¹. Danıştay 8. Dairenin bu kararında, belediye meclisinin toplu taşıma için imtiyaz verebilmesi için Danıştay’ın görüşü ve İçişleri Bakanlığında izin alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu nedenle kanunda öngörülmüş yöneme uyulmadan alınan belediye meclis kararı iptal edilmiştir.

1982 Anayasasının 138. maddesi ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesine göre idare, hukuk devletinin gereği olarak, mahkeme kararlarını tereddütsüz uygulamalıdır. Ancak bu kararların uygulanması, bazen büyük sorunların oluşmasına da neden olmaktadır. Belediyelerce hazırlanan imar planlarının iptali sonucunda, verilen ruhsatlara istinaden yapılan yüzlerce binanın yıkımı durumu ortaya çıkmaktadır. Zira İmar Kanununun 39. maddesine göre ruhsatsız yapılan binaların yıkılması gerekmektedir. Mahkeme kararına göre iptal edilen bir ruhsata dayalı yapılan binanın da bu anlamda yıkılması gerekmektedir. Belediye meclislerinin hukuka uygun kararlar alması daha sonra açılacak davaların ve hak kayıplarının da engellenmesini sağlayacaktır.

⁴¹ Kazancı Hukuk Veritabanı, 2012.

4. SONUÇ

Son dönemde dünyada yerelleşme eğilimi bulunmaktadır. Buna göre, kararların yerel ve seçilmiş makamlarca verilmesine yönelik ilerleme sağlanmaktadır. Merkeziyetçiliğin zararı olarak ortaya çıkan bürokrasinin, merkezi yönetimin sahip olduğu bir takım yetkilerin yerele devri ile önleneceği yönünde eğilim başlamıştır. Ancak yerel makamlar tarafından her zaman doğru kararlar alındığı hususu da geçerli bir yaklaşım tarzı değildir. Özellikle yerel makamlara merkezi makamlardan daha kolay ulaşılabilirdiği nazara alındığında yerel yönetimlerin şahsi ilişkiler içine girmesi ve bunun etkisiyle subjektif kararların alınması durumu ile sık sık karşılaşmaktadır.

Belediye meclis üyeleri, kanunla kendisine verilen görevleri ifa ederken, hukuka aykırı kararlar da alabilmektedirler. Bu makamların özerklik kavramı çerçevesinde tamamen serbest bırakılması hukuken uygun değilken, bu makamların görev ve yetkilerinin açık ve net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin ilk kurulduğu yıllarda daha çok merkeziyetçi bir yapı öngörüldüğünden yerel yönetimlere yeterince değer verilmemiştir. Ancak son dönemde merkezden yerele doğru ilerleme olduğundan, yerel yönetimlere verilen görevlerin artmasının yanında gelirleri de artmıştır. Ancak bu imkânların artmasına paralel olarak, yerel yönetimlerin her zaman adil ve hukuka uygun davrandıkları söylenememektedir. Bunun için yerel makamlardan olan ve üyeleri halk tarafından seçilen belediye meclisinin kararlarından hukuka aykırı olanların mahkemelerce iptal edilmesinden başka çare kalmamaktadır. Hatta bazen bu kararların iptali yetmemekte ve meclis üyelerinin yaptıkları işlemlerden dolayı cezai sorumluluğu dahi doğmaktadır.

Mülga 1580 sayılı Belediye Kanununda, belediyeler üzerindeki vesayet denetimi kendini güçlü bir şekilde hissettirirken, 2005 yılında çıkarılan 5393 sayılı kanunla bu vesayet denetimi yerini yargısal denetime bırakmıştır. 1580 sayılı kanunda, mülki idare amirinin belediye meclisi tarafından alınan kararı geri gönderme yetkisi bulunur iken, artık mülki

idare amirinin meclis kararları aleyhine yargı yoluna başvurabilir. Yani artık mülki idare amiri yerindelik denetimi yerine, hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıda dava açabilecektir. Belediye meclis kararlarının yargısal denetimi bu kararların hukuki gücünü de artıracaktır. Çünkü yargı kararı ile hukuka uygunluğu belirlenen kararların uygulanması ve uyumu daha kolay gerçekleşecektir. Bu arada belediye meclislerinin aldığı kararlar için de hukuki danışmanlık alınması daha yerinde olacaktır. Böylelikle hem yargının iş yükü azalır hem de zaman kaybı önlenmiş olacaktır.

Merkezi idarenin temsilcilerinin, belediye meclisi kararları üzerinde daha önce var olan iptal etme, yürürlüğünü durdurma ve değiştirerek onaylama şeklindeki idari vesayet denetimi yetkilerine son verilmesi yasa dışı örgütlere destek veren partilerin çoğunlukta olduğu belediye meclislerinde hukuka ve hatta kamu düzenine aykırı kararlar alınması tehlikesi yargısal denetim ile sona erdirilebilir. Bunun için idarece belediye meclislerinin verdikleri kararlar merkezi idarece yeterli bir şekilde incelenmeli ve hukuka ve kamu düzenine aykırı kararlara karşı hukuki yetkiler kullanılmalı ve gerekli olan durumlarda dava açılmalıdır.

Mahkemeler tarafından verilen kararların idare tarafından gecikmeksizin uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık, mahkemelerin de seçilmiş bir makam olan belediye meclisi kararları üzerinde yerindelik denetimi yapmaması gerekir. Ancak belediye meclisleri mahkeme tarafından verilen kararları çoğu zaman uygulamamakta veya mahkeme kararının öngörmediği şekilde uygulamaktadır. Öte yandan, mahkemeler belediye meclisi kararları hakkında yerindelik denetimi yapmaktadır. Uygulamada her iki makamın da yetkilerini aştığı görülmektedir. Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak mahkemelerin, belediye meclisinin kararları üzerinde yerindelik denetimi yapmaması ve belediye meclisinin de hukuka uygun şekilde karar alarak, mahkeme kararlarını geciktirmeksizin uygulaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aydın, Murat, **Sosyal Politika ve Yerel Yönetimler**, Yedirenk Yayınları, İstanbul-2008.
- Bilgiç, Veysel K., **Yerel Yönetimler**, 21. Yüzyıl Yayınları, Ankara-1998.
- Bozlağan, Recep, **Türkiye’de Yerel Yönetimler**, Nobel Yayınları, Ankara-2008.
- Dahl, Robert, **Demokrasi Üstüne** (Çev. Betül Kadioğlu), Phoenix Yayınevi, Ankara-Eylül 2001.
- Eryılmaz, Bilal, **Kamu Yönetimi**, Okutman Yayıncılık, Ankara-2011.
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, Bursa-2013.
- Gözler, Kemal- Gürsel, Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa-2011.
- Gözübüyük, A. Şeref-Tan, Turgut, **İdare Hukuku Cilt – 2**, Turhan Kitabevi, Ankara-2011.
- Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, Turhan Kitabevi, Ankara-2006.
- Güler, Birgül Ayman, “Yerel Yönetimler ve İnternet”, <http://inettr.org.tr/inetconf7/Sunum/yerelyonetim>, doc, Erişim Tarihi: 04.03.2012.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, Ankara-2003.
- İlber, Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, TODAİE, Ankara-1979.
- Kalabalık, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya-2011.
- Kalabalık, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Değişim Yayınları, İstanbul-2004.
- Kaplan, Gürsel, “5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5393 Sayılı Belediye Kanununa Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerindeki Denetim”, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-denetim.htm>, Erişim Tarihi. 17.03.2013.

- Kavruk, Hikmet, Belediye Başkanlarının Görevden Uzaklaştırılmaları ve Başkanlıklarının Yargı Kararı İle Sona Erdirilmesi <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-04/AUHF-2010-59-04-kavruk-tatar.pdf>, Erişim Tarihi: 04.03.2012.
- Keleş, Ruşen, **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, Cem Yayınları, İstanbul-2000.
- Muratoğlu, Tahir, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku”, İÜHF Cilt, LXIX, Sayı, 1 -2, Yıl:2011, s. 741.
- Palabıyık, Hamit-Mustafa Görün, "**Belediye Meclislerinde Temsil ve Katılım: Çanakkale Belediye Meclisi Örneği**", Yerel Yönetimler Kongresi, 3-4 Aralık, Biga-Çanakkale-2004. <http://www.danistay.gov.tr/dergiler/123.pdf>, Erişim Tarihi: 11.12.2013.
- Tahtalı, Murat Buğra, **Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Antalya-2012.
- Toprak, Zerrin, **Yerel Yönetimler**, Nobel Yayınları, Ankara-2006.
- Tortop, Nuri, “Yeni Demokratik Yapılanmada Gözönünde Tutulması Gereken Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C.V, S.2, (1992). http://www.tbb.gov.tr/storage/userfiles/yargi_kararlari/danistayidari1.doc%E2%80%8E, Erişim Tarihi: 04.03.2012.
- Yıldırım, Turhan, **İdari Yargı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

TURGUT ÖZAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
ANAYASA TASLAĞININ İNSAN VE DEVLET KAVRAMINA
TEMEL YAKLAŞIMI

Yrd. Doç. Dr. Hüseyin YILDIZ*

Özet

Makale Batı'daki anayasacılık hareketinden yola çıkarak yeni yapılması düşünülen anayasa çalışmalarına bir katkı sağlamak amacıyla kaleme alınmıştır. Birinci bölümde Avrupa ve Amerika'da tarihi süreç içerisinde gelişen “institutio” ile “constitutio” anayasa kavramları üzerinde durulmuştur. Bu kavramlardan yola çıkarak 82 Anayasası'nın “institutio” tasavvuruna uygun olarak devlet, hikmet-i hükümet ve otorite odaklı bir anayasal düzeni tesis ettiği, artık bu miadını doldurmuş “modern (ulus) devlet” kaynaklı klasik yaklaşımın terk edilmesi gerektiği tavsiye edilmektedir. Bunun yerine hürriyet, insan ve hukuk merkezli post modern anayasa tasavvurunu temsil eden “constitutio” modeline geçilmesi önerilmektedir. İkinci bölümde ise teklif edilen bu yeni anayasa telakkisine örnek teşkil edecek bir çalışma özelliği taşıyan Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Taslağının üzerinde durulmuştur. Burada taslağın bütünü değil, öneminden dolayı sadece ilk beş maddesi incelemenin konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa İnsan Hakları, Devlet, Demokrasi, İnsan onuru

* Turgut Özal Üniversitesi Anayasa Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

APPROACH OF THE TURGUT ÖZAL UNIVERSITY FACULTY OF LAW DRAFT CONSTITUTION TOWARD THE CONCEPTS OF INDIVIDUAL AND STATE

Abstract

Based on the western constitutional tradition, this paper aims at making a contribution to the process of drafting a new constitution in Turkey. In the first part, the historical development of “*institutio*” and “*constitutio*” models of constitution in Europe and America is analyzed. On the basis of these two notions, the opinion is held that the Turkish Constitution of 1982 followed the “*institutio*” model to establish a state-“reason of state”-and authority-centered constitutional system. Therefore this paper argues for dropping off of this form of obsolete classic “modern (national) state”. Instead of “*institutio*” model, it calls for accepting a freedom-human being- and law-centered postmodern constitution model. In the second part, to serve as an example for a new constitution concept the Constitution Draft prepared by the Law School of Turgut Özal University is explained. For the purposes of this article, only the first five articles are elucidated.

Keywords: Constitution Human Rights State, Democracy, Human dignity

1. “*Institutio*” ile “*Constitutio*” Anayasa Modelleri a) “*Institutio*” ile “*Constitutio*” Kavramları

Günümüzde kullanılan modern anayasa kavramının kökü genellikle Batıda 18. yüzyılın üçüncü çeyreğinde ABD ve Fransa’da şekillenen anayasacılık hareketine dayandırılır. Aslına bakılırsa bu tarihten önce de Batı’da anayasa kavramına denk düşen değişik terimler (*lex fundamentalis*, *institutio* veya *constitutio* gibi) kullanılmaktaydı¹. Fakat bu

¹ Mohnhaupt, Heinz; Grimm, Dieter: *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (Antik Çağdan Günümüze Kadar Anayasa Terimin Tarihi), 2. Baskı, 1995, s.1-99; Jelinek, Georg: *Allgemeine Staatslehre* (Genel Devlet Öğretisi), 3. Baskı, 1914, s. 508 ve devamı.

terimler bugün anlaşıldığı gibi normatif, yani norm koyucu, siyasal iktidarı kuran ve aynı zamanda bireylerin temel hak ve hürriyetleri lehine sınırlayan, onu “hukukileştiren” bir anlama sahip değildi. 18. yüzyıl öncesinde anayasa denilince daha çok mevcut olan devletin yapısını, konumunu ve müesseselerini “tarafsız” bir biçimde tasvir eden bir kurumlar belgesi anlaşılıyordu. Anılan temel yasaların konusunu esas itibariyle devletin kurumları ile fiili güç dağılımı ve ilişkisi teşkil ettiğinden, Batı öğretisinde bu (eski) anayasa modeline genellikle “institutio” denilmektedir². Bu terim Latince kökenli olup “kuruluş, kurum” anlamına gelir. Daha önceki anayasal metinler esas itibariyle mevcut devlet organları ve kurumları hakkında sadece somut bilgi verdiğinden kelimenin semantik anlamından yola çıkılarak öyle söylenmiştir. Normatif değil de tasvir edici bir karakter arz ettiklerinden betimleyici anayasa³ olarak da isimlendirilirler.

Bu geleneksel “temel kurumlar belgesi” anlamındaki anayasa kavramı 18. yüzyılın son çeyreğinde gelişerek bugünkü anlama yakın bir terim olan “constitutio”ya, yani “modern anlamda anayasa terimine” dönüştü. Gerçi bu terim Orta Çağ’dan itibaren kullanılıyordu. Fakat bugünkünden farklı bir manaya sahipti. O dönemde “constitutio” kavramı daha çok tıp biliminde insan vücudunun durumu ve hukuk alanında ise kanunlar manasında kullanılmaktaydı⁴. Zamanla eski döneme ait normatif olmayan özelliklerini atarak İngiltere’de bilhassa 1688/1689 yılındaki Glorious Revolution’dan sonra siyasi-hukuki alanda mefhum olarak

²Stern, Klaus: Die Verbindung von Verfassungsidee und Grundrechtsidee zur modernen Verfassung (Anayasa Düşüncesi ile Temel Hak ve Özgürlüklerin Çağdaş Bakış Açısı Çerçevesindeki İlişkisi) in: Helmut Siekmann, Der Staat des Grundgesetzes. Gewählte Schriften und Vorträge (Alman Anayasasında Devlet Kurumu. Seçilmiş Yazı ve Tebliğler), 1992, s. 112.

³Mohnhaupt, Heinz/Grimm, Dieter: Verfassung, s. 100-101.

⁴Mohnhaupt, Heinz/Grimm, Dieter: Verfassung, s. 25 ve devamı.; Vorländer, Hans: Die Verfassung (Anayasa), 3. Baskı, 2009, s. 29.

modern anlamına biraz daha yakınlaştı⁵. Kavram, bugünkü anlamına ise ABD’de 18. yüzyıldaki anayasacılık hareketiyle ulaştı.

b) “İnstitutio” ile “Constitutio” Arasındaki Siyasi-Maddi Fark

ba) Bireyin Haklarının Güvencesi Bakımından

“Constitutio” olarak nitelendirilen yeni anayasa modelinin getirdiği en önemli yenilik, sadece devletin iktidarını ve organlarını düzenlemekle kalmaması, bunun ötesinde bireylere, kamusal otoriteyi dahi bağlayan, devlet öncesi ve devlet üstü evrensel ve dokunulmaz temel haklar tanınmasıdır. Bu metapozitif temel haklar, devlet iktidarını ve otoritesini sınırlandırarak bireye devletin müdahalesine karşı korunmuş ve serbest hareket edebileceği özerk ve hür bir (sivil) alan sağlamıştır. Bu saha sadece özel hayata müteallik değildir; kamusal hayatta da birey devletin işlem ve eylemlerine karşı güvencelere sahiptir. Her ne kadar bu temel haklara (pozitif) hukuki geçerlilik kazandıran devlet erkiyse de, üstün anayasal haklar statüsüne sahip olduklarından devlet makamlarını da zorunlu olarak bağlamaktadır. “İnstitutio”larda insanlar devlet otoritesi karşısında güçlü hukuki bir korumaya sahip değildi. Çünkü bu düzende anayasalar özerk birey konumunda olan insandan değil de, devletten ve onun temsilcisi sayılan hükümdarın menfaatlerinden yola çıkarak yapılmıştı. Gerçi gelenekler hükümdara tebaasına karşı “adil” davranma yükümlülüğünü getirmişti. Bu çerçevede birtakım haklar verilmekteydi, fakat bunlar birer lütuftan ibaretti. Hükümdar bunları dilediği zaman geri alabilmekteydi. Bunun yanında verilen haklar kişiye sırf insan olması hasebiyle değil, daha çok sahip olduğu birtakım dini, mesleki, zümrevi statülerden dolayı verilmekteydi. “Constitutio” anlamındaki anayasa anlayışında ise kişiye yalnız insan vasfına sahip olduğundan, devlet iktidarını ve organlarını bağlayan ve dolayısıyla devleti sınırlayan, devlet öncesi, dokunulmaz, tabii temel hak ve hürriyetler tanınmakta; kamu erkinin işlem ve eylemlerine bireylerin hukuki güvenliği lehine sınırlamalar getirilmektedir. Burada devlet kutsal olmaktan çıkarılıp

⁵Grimm, Dieter: Die Zukunft der Verfassung (Anayasanın Geleceği),1991, s. 104 ve devamı.

üstünlük artık insan haklarına tanınmaktadır. Dolayısıyla kamu gücünü (etkin) sınırlamayan “devlet hukukunun” yerini, devlet otoritesini özgürlükler lehine kayıtlayan “hukuk devleti” almaktadır. Artık devlet anayasal düzeni tesis ederken hukukun evrensel ilkelerini dikkate alır.

bb) Birey Devlet Otoritesi İlişkisi Bakımından

“İnstitutio” ağırlığını daha çok devletten ve hikmet-i hükümetten yana koyarken “constitutio” insanı ve onun onurunu ve haklarını merkeze almaktadır. Birincisinde otorite ve iktidar esas itibariyle amaç iken ikincisinde birey ve özgürlük asıl gayeyi teşkil etmektedir. Daha doğrusu “constitutio” terimindeki anayasa anlayışında kurumlar ile özgürlükler arasında bir bağ kurulmakta ve senteze gidilmektedir. Klaus Stern’e göre modern tanıma uygun (“constitutio” manasında) anayasa kavramının kullanımı 18. yüzyılın üçüncü çeyreğinde Amerika Birleşik Devletleri’ndeki eyaletlerde ve federal düzeyde temel hak ve hürriyet fikri ile devlet kurumları arasında karşılıklı bir bağ ve etkileşim sağlayan anayasaların kabul edilmesiyle gerçekleşmiştir⁶. Bu modern anayasa bir taraftan devlet kurumlarının (kuvvetler ayrılığı prensibi doğrultusunda) kuruluşunu, işleyişini ve aralarındaki ilişkiyi düzenlerken, diğer taraftan da bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin kabulünü ve devlet erkine karşı güvence altına alınmasını konu edinir. Dolayısıyla modern bir anayasa hem “institutio” hem de “constitutio” kavramlarına yer vererek ikisi arasında bireylerin özgürlükleri lehine bir sentez kurmaya çalışır. Eskiden yurttaşların hukuki konumu ile devlet organizasyonu farklı farklı kategoriler olarak telakki edilirken, günümüzde holistik bir bakış açısıyla aralarında sistematik bir ilişki tesis edilerek bir bütün olarak ele alınmaktadır. Fakat burada temel hak ve hürriyetler devletin otoritesini bireylerin lehine sınırlayarak önemli bir görev üstlenmektedir. Diğer bir deyişle, temel hak ve hürriyetler devletin kurumlarının işlem ve eylemleri için bir referans teşkil etmektedir.

⁶Stern, Klaus: Die Verbindung von Verfassungsidee und Grundrechtsidee zur modernen Verfassung, s. 114 ve devamı.

bc) Demokrasi Hukuk Devleti İlişkisi Bakımından

Bu yeni anayasa anlayışında insan hakları sadece siyasi iktidarı değil, halk egemenliğini de sınırlar⁷. Bu demektir ki, halk, egemenliğini hukukun evrensel ilkelerine ve insan haklarına ve bilhassa insan onuruna uygun olarak kullanır. Demokratik kurumları da eksiksiz olarak benimsemiş “constitutio” odaklı anayasal düzen, meşruiyetini bir taraftan hukuktan (bilhassa insan onuru ve haklarından) diğer taraftan da halkın egemenliğinden alır. Halk, egemenliğini bürokratik ve askeri atanmışların vesayetine maruz bırakmadan, fakat “hukuk devletinin” ilkeleriyle ve bilhassa insan onuru ve insan haklarına uygun olmak kaydıyla kullanabilir. İnsanlar hâkimiyetlerini artık “kayıtsız ve şartsız” değil ancak anayasal devlet veya hukuk devletinin çizdiği sınırlar dâhilinde istimal edebilir. Aksi takdirde mesela İsviçre’de olduğu gibi vatandaşlar egemenlik yetkisine dayanarak halk oylamasıyla bir insan hakkı üzerinde tasarruf ederek diledikleri gibi sınırlandırabilirler. 2009 yılında İsviçre halkı inşa edilecek camilerde minare yapımını yasaklamak suretiyle bir insan hakkı olan “din ve vicdan hürriyeti”ni hukuk devleti ilkesine aykırı bir şekilde sınırladı. Aslında bu durum insan haklarının evrensellik, dokunulmazlık ve metapozitiflik konularıyla çelişmektedir. “Constitutio”nun kabul edildiği yerde, bir çoğunluk, mutlak telakki ettiği egemenlik yetkisine dayanarak bir azınlığın pozitif hukuk üstü ve doğal hak özelliği taşıyan temel haklarını sınırlandıramaz. Aksi bir telakki hukuk devleti ilkesini zedeler. Bir hukuk devletinde halkın egemenliği, insan onuru ve insan hakları çerçevesinde kullanılmalıdır.

bd) Kamusal Alan ve Liberal Anayasa Yargısı Bakımından

“Constitutio” temelli devletin kamusalılığı, hukuk devleti tarafından özgürlükler lehine etkin bir denetim tabi tutulur. Burada devletin yapısı metapozitif ve üst bir norm özelliği taşıyan temel hak ve hürriyetlerin üzerine bina edilir. Kamusal alan (“institutio” düzenine nazaran) sivil alan lehine küçülmüştür. İnsan hakları sadece program niteliğinde değildir,

⁷ Stern, Klaus: Die Verbindung von Verfassungsidee und Grundrechtsidee zur modernen Verfassung , s. 102.

artık sübjektif kamusal nitelikte pozitif birer hukuk normudur. Yani kişinin bir temel hak ve hürriyeti kamu otoritesi veya üçüncü kişiler tarafından ihlal edildiğinde bunu anayasal bir hak olarak mahkeme önünde herkese karşı (devlet organları dâhil) dava konusu edebilir ki bunun en etkin biçimi kişilerin bireysel başvuru yolu ile bir insan hakkı ihlalini Anayasa Mahkemesine kadar götürebilmesidir. Fakat yüksek mahkeme görevini yerine getirirken “constitutio”cu anayasal geleneğe uygun olarak “in dubio pro libertate” (kuşku halinde hürriyet lehine yorum yapma) ilkesini benimsemeli ve insan hak ve hürriyetlerinin sağlanmasını asıl, sınırlandırılmasını ise istisna kabul etmelidir. Bunun yanında kanunların anayasaya uygunluğu denetimi esnasında esas ölçü normu olarak herhangi bir ideolojiyi değil, hukukun evrensel ilkelerini, insan onuru ve insan haklarını benimsemelidir.

c) “İnstitutio” ile “Constitutio” Bağlamında Türk ve Bonn Alman Anayasası

82 Anayasasını yukarıda dile getirilen iki modelle karşılaştırdığımızda “institutio” telakkisine benzer özellikler taşıdığı görülmektedir. Yapılan birçok değişikliğe rağmen halen “aşkın”, yarı-kutsal Hegel’ci bir devlet tasavvuru genel karakteristiğini teşkil etmektedir. Bu anlamda bir hukuk devletinden ziyade hikmet-i hükümet esasına dayalı bir “devlet hukuku” anlayışını benimsemiştir. Anayasa’da birçok temel hak ve hürriyete yer verilmiş olması bu gerçeği değiştirmez, çünkü bunların devlet üstü ve devlet öncesi bir statüsü yoktur, dolayısıyla dokunulmaz ve tabii hak özelliğinden yoksundurlar. Bilhassa Anayasa’nın Başlangıç Hükümleri ile Birinci ve İkinci Kısım dikkatle incelendiğinde insan hakları metapozitif değil de, daha çok pozitif bir hak olarak kabul edildiğinden bireyler kamu otoritesi ve resmi ideoloji karşısında etkin bir hukuki güvenceden yoksun oldukları görülür. Bu bağlamda anayasal normlar hiyerarşisinin tepesinde Atatürk ilke ve inkılapları ve bilhassa laiklik yer almaktadır, insan hakları ondan sonra gelmektedir. Anayasal sistemin kabul ettiği laiklik anlayışının içeriğini ise hukuk ilkeleri ve değerleri değil, evvel emirde, topluma yabancı bir ideoloji olan pozitivism belirlemiştir ve neticede hükümler ve baskıcı-vesayetçi bir laiklik modeli

yerleşmiştir. Bu yaklaşımda insan hakları laikliğe değil, laiklik insan haklarına sınır getirmektedir. Maalesef Anayasa Mahkemesi de bugüne kadar kanunların anayasaya uygunluğunun denetimde ister istemez 82 Anayasası'nın kabul ettiği bu anti liberal laiklik telakkisini insan haklarının aleyhine esas ölçü norm olarak kabul etmek mecburiyetinde kalmıştır.

Yeni yapılacak anayasa arifesinde “institutio” ağırlıklı düzenden insan, hürriyet ve hukuk devleti merkezli bir sisteme geçişte “constitutio” modeli bir katkı sağlayabilir⁸. Bu sürecin başarılı bir misalini Almanya göstermiştir. Nitekim 1949 Bonn Alman Anayasası (Temel Yasa) insan onuru ile temel hak ve hürriyetlerden yola çıkarak insan merkezli bir devlet ve anayasal düzeni tesis etmiştir ve böylece Almanya'daki Hegel'ci hükümler aşkın devlet anlayışına normatif seviyede son vererek liberal bir devlet tasavvurunu hakim kılmıştır⁹. 1949 Temel Yasa'nın hazırlık çalışmaları esnasında kaleme alınan Herrenchiesee Taslağı'nın birinci maddesi şöyleydi: Devlet insan için vardır, insan devlet için değil. Bununla bilhassa Nazi döneminde totaliter bir biçime dönüşmüş “institutio” anlayışını reddetmişlerdir. Temel Yasa'ya son şeklini veren ve kabul eden Danışma Meclisi (Parlamentarischer Rat) bu maddeyi metne dahil etmemiştir; onun yerine taslağın ikinci maddesi olan insan onurunun dokunulmazlığı ilkesini Alman Anayasası'nın birinci maddesi yapmıştır. Kurul, Herrenchiesee Taslağı'nın birinci maddesini kabul etmemesini şöyle açıklamıştır: “İnsan onurunun dokunulmazlığının kabulü zaten devletin bir araç, insanın ise amaç olduğu anlamına gelir.” Başka bir deyişle, bu düzenleme insan merkezli bir devlet ve hukuk anlayışının kabulü ve devlet merkezli bir anayasal düzenin reddi anlamına geldiğinden ayrıca Herrenchiesee Taslağı'nın birinci maddesine ihtiyaç

⁸ Fakat yeni anayasa yapılırken elbette evrensel hukukun ilkelerinden yararlanılmalı fakat kendi toplumumuzun nevi şahsına has sosyo-kültürel ve sosyo-tarihi yapısı tamamen göz ardı edilmemelidir. Hukuk normu oluşturulurken norm koyucular ve akademisyenler bir taraftan kendi halklarının gerçeklerini referans almalı, diğer taraftan da hukukun evrensel ilkelerinden faydalanmalıdır. Yoksa eklektik bir taklitçilik ve aktarmacılıkla sağlıklı bir hukuk ve anayasal sistem oluşturulamaz.

⁹ Hufen, Friedhelm: Staatsrecht II (Devlet Hukuku), 2009, s. 4 ve devamı.

duyulmamıştır. Dolayısıyla, aşağıda da söz konusu olacağı üzere, eğer yeni yapılacak anayasayla birlikte insan merkezli bir devlet anlayışı hakim kılınmak isteniyorsa, metinde, hatta ilk maddede, mutlak surette “insan onuru” kavramına yer verilmelidir ve bu ilkeye insan hakkı statüsü kazandırılmalıdır. Bu şart sağlanırsa devlet ve otorite odaklı “institutio” modelinden insan ve hürriyet merkezli “constitutio” sistemine geçiş kolaylaşır.

d) “Constitutio” ile “Institutio” Bağlamında Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Taslağının Yaklaşımı

Taslak insanı ve devleti 1982 Anayasası’ndan çok daha farklı bir yaklaşımla ele almaktadır. Yürürlükteki Anayasa, “Genel Esaslar” kısmında önce devlet ve onun kurumlarına yer vermekte, ondan sonra İkinci Kısımda bireyin temel hak ve ödevlerini ele almaktadır. Bu düzenlemeyle anayasa önceliği insana değil, otoriteye ve devlete verdiğini göstermektedir. Başlangıç’ta onu “yüce” olarak Hegel’ci bir yaklaşımla kutsaması ve “Devlet” kelimesinin baş harfini büyük yazması bu telakkinin birer yansımasıdır.

Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Taslağı bu otoriter ve devletçi yaklaşımın yerine “constitutio” bağlamında hürriyetçi ve hukukun evrensel ilkelerine dayalı bir anayasal düzeni hedeflemektedir. Bir anayasal demokratik devlette, hukuk normu, meşruiyetini halk egemenliği ilkesi gereği toplumdaki (ki bu normun siyasal meşruiyetini teşkil etmektedir) ve hukukun evrensel ilkelerinden (ki bu da normun hukuki meşruiyetini sağlar) almalıdır. Fakat hukuki meşruiyetin kaynağı salt pozitif hukuk olmamalıdır, onun ötesinde insan haysiyeti (şerefi) ve insan hakları gibi doğal hukuk ilkeleri ve değerleri arasında yer alan evrensel etik-hukuki idelerden de beslenmelidir. Kaleme alınan anayasa taslağı bu metapozitif hukuk teorisi çerçevesinde meşruiyetini bir taraftan halkın egemenliğine, diğer taraftan da hukukun evrensel ilkelerine dayandırmaktadır; bu temel prensiplerden bilhassa insan onuru ve insan haklarına özel bir önem verilmiştir. Dolayısıyla, taslak önceliği “institutio” bağlamında devlet kurumuna değil, haysiyet,

kişilik ve özgür iradeyle donatılmış, insana ve onun temel haklarına vermektedir. İnsan burada obje değil, bilakis bir süje olarak kabul edilmektedir. Hatta insan süjeden öte kâinata ayrıcalığı olan ve haysiyet ve şerefle donatılmış muhterem bir varlık olarak tasavvur edilmektedir. Ancak bu insan telakkisinde birey, egosantrik ve hodgam bir varlık değil, tam tersine, sorumluluğunun bilincinde olan diğergam ve sosyal bir bireydir. Devlet ise bireyin hayatını huzur, güven, esenlik ve refah içinde sürdürebilmesi için gerekli görüldüğünden, önemi inkar edilmemektedir. Fakat bu ehemmiyetine rağmen son tahlilde bir araçtır, amaç değildir; amaç taslağa göre, insandır. Burada devlet, bireyin hizmetçisi, kişiye hizmet götüren (önemli) bir vasıtaadır.

2. Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Taslağının İlk Beş Maddesinin Mütalaası

Madde 1 - İnsan Onurunun Dokunulmazlığı

İnsan onuru saygın ve dokunulmazdır. Herkes temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Devlet, bütün kurum ve kuruluşlarıyla bunları korumakla yükümlüdür.

Birinci madde insan onuru ve onun korunmasıyla başlıyor. İnsan onuru bilinçli olarak “Temel Hak ve Hürriyetler” kısmının ilk maddesini teşkil etmektedir. Böylece tesis edilecek anayasal düzenin ana ilkesini ve temel normunu insanın onuru oluşturmaktadır. Diğer bütün anayasal kurumlar ve haklar meşruiyetini bu esastan alacaktır. İnsan onurunun birinci maddede düzenlenmesiyle, bireyin, onur sahibi bir süje ve devletin de insana hizmet götüren (önemli) bir araç olduğu anayasal düzeyde normatif olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte insan onurunun diğer temel hak ve hürriyetlerden önce gelmesi, bunların temel gayesinin, insanın hürriyetini korumanın yanında onun şeref ve haysiyetini de muhafaza etmek olduğu anlamına gelir.

Artık insan hakları ihlal edildiğinde, dikkat sadece bireyin hürriyetinin kısıtlanmasına odaklanmayacak, ondan öte onun onuruna karşı bir saldırının gerçekleştiği kabul edilecektir. Bu yaklaşım sayesinde temel hak ve hürriyetler devlet müdahalelerine karşı daha etkin bir

korumaya kavuşacaktır. Çünkü insan onuru herhangi bir resmi kurumun, mesela parlamentonun kişiye tanımış veya vermiş olduğu bir paye değildir. Onur, kişiye sıkı sıkıya bağlı, sadece insan olması sebebiyle sahibi olduğu ve herkese nev-i şahsına münhasır bir etik-muhterem şahsiyet kazandıran ademiyyet vasfına işaret eder. Kişi, temel hak ve hürriyetlere, bu saygıya değer şahsiyet cevherinden dolayı sahip olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu haklar kişinin şeref ve haysiyet sahibi olmasının bir sonucudur. Dolayısıyla, her insan doğarken onuruyla birlikte dünyaya geldiğine göre temel hak ve hürriyetlere de otomatik olarak doğumla birlikte sahip olacaktır. Hatta insanın onur sahibi olması doğumdan önceye tekabül etmektedir. Çünkü burada kişinin şahsiyet sahibi olması için anne karnında gelişimini tamamlayarak dünyaya gelmiş olması gerekmez. İnsanın muhterem bir varlık, “zübde-i alem” veya “küçük bir kainat” addedilmesi, onun dünyaya gelmezden önce rüşeym halindeyken de bir onura sahip olmasını gerektirir; zira embriyo da netice itibarıyla insan olmaya namzettir. İzin verilirse anne karnında gelişecek, kişilik kazanacak ve bir âdemoğlu olarak dünyaya gelecektir. Binaenaleyh, embriyo bile onur sahibidir ve temel hakları haizdir.

İnsan onuru, kurulacak anayasal düzenin ana meşruiyet kaynağını oluşturacaktır, hukukun yanında siyasi, ekonomik ve sosyal hayatın şekillenmesinde de önemli bir referans kaynağı olacaktır. Alman anayasal düzeninde olduğu gibi, bir açıdan, öteki temel hak ve özgürlükler için (adeta bir dibace niteliğinde) esas ilke kabul edilecek, diğer taraftan da bütün devlet organ ve erkleri için bağlayıcı “en üst pozitif hukuk normu” sayılacaktır¹⁰. Diğer bir deyişle, insan onuru hem program niteliğinde bir ilke hem de doğrudan bağlayıcı kamusal sübjektif bir temel norm addedilecektir.

Taslağın insan onuruna büyük değer vermesi, onun ülkedeki bütün sorunları çözecek “sihirli” hukuki bir araç olduğu anlamına gelmez. Fakat eğer bir anayasal sistem kendisini insan merkezli (antroposantrik) olarak tanımlıyorsa ve devleti bir amaç olmaktan çıkarıp araç haline getiriyorsa,

¹⁰ Hufen, Friedhelm: Staatsrecht II, S. 143.

o zaman insan kişiliğinin en önemli etik-ontolojik değeri olan haysiyet ve şerefini, kurulacak hukuki, sosyal ve siyasal düzenin mihenk taşı haline getirmesi doğaldır. Onur kavramının etik-dini-kozmik yönü ağır bastığından ve sınırları muğlak olduğundan doyurucu ve açık bir hukuki-normatif çerçeve çizmenin diğer hukuki terimlere nazaran daha zor olduğu ortadadır. Yalnız, bizim gibi reason d'etat odaklı otoriter, bürokratik, yarı militarist ve ideolojik eğilimli devlet geleneğinin hâkim olduğu bir ülkede insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine öncelik verilmesi, insan merkezli liberal demokratik bir hukuk devletinin tesisinde, kanımca, büyük fayda sağlayacaktır. Bu konuda Almanya başarılı bir örnek teşkil etmektedir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra liberal demokratik hukuk devletinin yerleşmesinde Temel Yasa'nın birinci maddesinde düzenlemiş olan "insan onuru" kavramı önemli katkı sağlamıştır. Her ne kadar Almanya'da da insan onuru kavramının (hukuki) belirsizliği¹¹ ile ilgili tartışmalar olmuş ve halen oluyorsa da, kavramın dile getirilen yararlarından dolayı, Anayasa'daki üstün konumunu muhafaza etmeye devam etmektedir. Kaldı ki, son dönemlerde yürürlüğe giren anayasalarda veya uluslararası insan haklarını düzenleyen belgelerde de insan onuruna, öneminden dolayı, yer verilmekte, artık liberal demokratik bir hukuk devletinin vazgeçilmez unsuru olarak telakki edilmektedir. Bu bahsedilen belge ve anayasalara İsviçre, Polonya anayasalarıyla Avrupa İnsan Hakları Şartını örnek verebiliriz.

Sonuç itibariyle, onur kavramının insan haklarının korunması ve hukuk devletinin yerleşmesi konusunda büyük katkı sağlayabileceğinden, öğretide ve içtihatlardaki sıkıntılara rağmen, anayasalarda yer alması gerekmektedir. Bu kavramın içeriği belirlenirken bir taraftan evrensel hukukun ilkeleri referans alınmalı, diğer taraftan da toplumumuzun yapısı ve değerler kodu göz önünde tutulmalıdır¹².

¹¹ Zippelius, Reinhold/ Würtenberger, Thomas: Deutsches Staatsrecht (Alman Devlet Hukuku), 32. Baskı, 2008, s. 230 ve devamı.

¹² Mesela, Alman doktrini ve anayasa içtihatları insan onurunun içeriğini belirlerken genellikle şu üç hususu veri olarak almaktadırlar: Hıristiyan antropolojisi, aydınlanmanın

Madde 2 - Kişi hürriyeti ve Temel Hakların Korunması

- (1) Herkes, anayasal düzene, hukukun evrensel ilkelerine, genel ahlaka ve adaba aykırı davranmamak ve başkalarının haklarını ihlal etmemek kaydıyla, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hak ve hürriyetine sahiptir. Haklar ve hürriyetler kötüye kullanılamaz.*
- (2) Hiç kimsenin vücut bütünlüğüne kendisi ve başkaları tarafından dokunulamaz.*
- (3) Yakalanan veya tutuklanan kişiye yirmi dört saat içinde hangi makam tarafından ve niçin yakalandığı veya tutulduğu bildirilir. Durum kişinin uygun gördüğü kimselere derhal haber verilir.*
- (4) Her yakalanan veya tutuklanan kişi kırk sekiz saat içinde yetkili hâkim önüne çıkarılır.*

Taslağın temel hak ve hürriyetler kısmının ikinci maddesi kişi hürriyetini düzenlemektedir. Şeref ve haysiyet nasıl insanın “ademiyet” vasfının önemli bir boyutunu teşkil ediyorsa, hür irade ve akıl ile donatılmış olmak da diğer ehemmiyetli bir özelliğine işaret etmektedir. Bu maddeyle kişiye, özel hayatıyla toplumsal hayatını serbest bir şekilde tertip edebilme güvencesi verilmektedir. Kişi, zihni, içtimai ve siyasi anlamda “reşit” kabul edilmektedir, böylece bilhassa devlet ve diğer insanların vesayetine maruz kalmadan kendi hayatını hür iradesiyle yönlendirebilecektir. Başka bir deyişle, maddi ve manevi kişiliğin serbestçe, başkalarının müdahalesi olmadan geliştirebilmesi için sivil ve kamusal alanda lazım olan hür ortamı, bu madde sağlamaktadır. Bu düzenlemeyle kişi hürriyeti genel anlamda güvence altına alınmaktadır. Bu bir “lex generalis” hükmüdür. Diğer maddelerde ise hürriyet ilkesi “lex specialis”, yani özel olarak tanzim edilmiştir. Bu genel norm ile kurulacak anayasal düzende hürriyetlerin güvence altına alınması ve sağlanması asıl, sınırlandırılması ise istisna olacaktır.

bireyselliği ve modern dönemin sosyal devlet telakkisi. Hufen, Friedhelm: Staatsrecht II, s. 140 ve devamı.

Taslağın hedeflediği, liberalci değil, fakat liberal bir düzendir. Dolayısıyla mülkiyetçi bireycilik yerine, sosyal bireyciliği benimsemektedir¹³. Kişi, hür bir biçimde hareket edebilmeli, fakat sosyal bir varlık olduğunu ve bir toplumda yaşadığını unutmamalıdır. Dolayısıyla, bireyin hürriyeti sınırsız değildir. “Başkalarının hürriyetinin başladığı yerde kişinin hürriyetinin sınırı başlar” anlayışı taslağın kabul ettiği görüştür. Bu sınırı devlet otoritesinin hikmet-i hükümeti veya reason d’etat’ı belirlemez, evvel emirde diğer kişilerin hürriyeti belirler. Maddede bahsedilen genel ahlak ve adap sınırı hukukun evrensel ilkeleriyle birlikte mütalaa edilmelidir. Taslak, hukuk biliminde norm ile ahlak arasında bir ayrımı savunan Kelsen’ci ekolü değil, asgari seviyede ahlak kuralı ile norm arasında bir bağın olması gerektiğini savunan Radbruch/Dreier/Alexy ekolonün görüşünü tercih etmiştir.

Bu ekol, hukuk normu ile ahlak arasında (zayıf) bir bağın olması gerektiğini savunur¹⁴. Yalnız, hukuk ile ahlak arasında bir özdeşlik veya güçlü bir bağın olması gerekmez. Her pozitif hukuk normu ahlak kurallarıyla mutlak biçimde uyumlu olmak zorunda değildir. Aralarında bir çelişki olursa hukuk güvenliğinin ehemmiyetinden dolayı, hakim, bu tenakuza rağmen pozitif hukuku tercih etmelidir. Fakat hukuk ile ahlak kuralı arasında aşırı bir paradoks varsa, örneğin pozitif hukuk kuralı ile insan onuru veya insan hakkı arasında (ki bu tür üstün temel haklara doğal hukuk bağlamında “ahlaki haklar” denir)¹⁵ aşırı bir çelişki ve tenakuz varsa, artık burada bir hukuk normundan bahsedilemez; hakim, bu pozitif hukuk kuralını yok saymalı ve kararını “ahlaki haklara” (insan haklarına) göre vermelidir. Çünkü bu durumda hukukun iki önemli bileşeni olan

¹³ Mülkiyetçi bireyciliğin riskleriyle ilgili bakınız: Kriele, Martin: Einführung in die Staatslehre. Die geschichtliche Legitimitätsgrundlage des demokratischen Verfassungsstaates (Devlet Öğretisine Giriş. Demokratik Anayasal Devletin Meşruiyetinin Tarihi) , 6. Aufl., 2003, s. 151 ve devamı

¹⁴ Alexy, Robert: Begriff und Geltung des Rechts (Hukuk Kavramı ve Geçerliliği),1992, s. 80 ve devamı.

¹⁵ Lohmann, Georg: Menschenrechte zwischen Moral und Recht (İnsan Haklarının Ahlak ve Hukuk ile İlişkisi) in: S. Gosepath/ G. Lohmann, Philosophie der Menschenrechte (İnsan Haklarının Felsefesi), 1998, s. 89 ve devamı.

hukuk güvenliği ile adalet kavramı arasında (büyük) bir uyumsuzluk söz konusudur ve burada adalet ilkesi fahiş biçimde ihlal edildiğinden (mesela Nazi Almanyası'nda, Mao dönemi Çin'de veya Stalin dönemi Rusya'da olduğu gibi), hâkim, artık mevcut kuralı pozitif hukuka uygun bile olsa adalet ilkesini tamamen göz ardı ettiğinden ve böylece hukuk normu vasfını kaybettiğinden yok (keenlemeyekun) sayıp uygulamamalıdır. Daha doğrusu, bir üst norm sayılan insan haklarına göre kararını vermelidir.

Taslak, ahlak ile hukuk normu arasında zayıf bir bağın mevcudiyetini kabul ettiğinden pozitifleştirilmiş temel hak ve hürriyet ile genel ahlak ve adap ilkeleri arasında ancak aşırı bir tenakuz olursa, hakim ölçülülük ve hukuk devleti prensiplerine uygun olarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırabilir. Fakat burada kısıtlama sebebinin hangi açıdan hukuka aykırılık teşkil ettiğini evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinde nesnel kriterlere dayanarak gerekçeleriyle birlikte izah etmelidir. Eğer genel ahlak ve adap ilkeleriyle temel hak ve özgürlükler arasında fahiş bir tenakuz yoksa, hakim ikinciler lehine karar verip tahdide gitmemelidir.

Taslağın sistematığına göre kişi hürriyeti tanımlandığında ve güvenceleri ile sınırları tespit edildiğinde, birinciyle ikinci madde birlikte mütalaa edilmelidir. Birinci maddede insan onuruyla temel hak ve hürriyetler zikredilmekte, bunlar arasında sıkı bir bağın kurulduğu, hak ve hürriyetin kullanımının insanın doğuştan sahip olduğu, onurdan kaynaklandığı saptanmaktadır. Bu maddede hürriyet kavramı insan onuruyla irtibatlandırılarak genel bir düzenlemeye gidilmiştir. Hürriyetin eylem boyutu burada insan onuruyla ilişkilendirilerek güvence altına alınmıştır; diğer boyutları, bilhassa maddi ve manevi varlığını geliştirme imkanı ikinci maddede ele alınmıştır. Fakat birinci maddede bütün temel hak ve hürriyetler insan onuruyla irtibatlandırıldığı için ikinci maddede düzenlenmiş hürriyet anlayışı da insan onuruyla birlikte ele alınmalıdır.

Madde 3 - Hukuk Önünde Eşitlik

- (1) Herkes kanun önünde eşittir.*
- (2) Hiç kimseye sahip olduğu ırk, dil, din, mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapılamaz.*
- (3) Devlet, toplumda zayıf konumda olan kişileri korumak ve eşitsizlikleri gidermek amacıyla, pozitif ayrımcılık ilkesi doğrultusunda, gereken tedbirleri almakla mükelleftir. Kadınlar, çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler ve hükümlülerin mağdur duruma düşen yakınları için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*

Üçüncü madde ise insanların kanun yani hukuk önünde eşitliğini teminat altına almaktadır. Burada kişilerin sadece hukuki eşitliğini değil, aynı zamanda fiili eşitliğini de sağlamak için üçüncü maddenin son fıkrasında gereken düzenleme yapılmıştır. Böylece toplumda zayıf veya mağdur konumda olan grupları korumak ve uygulamada fiili eşitliği sağlamak için devletin alacağı tedbirler, hukuk eşitliğine aykırı sayılamayacaktır. 1982 Anayasası'nda eşitlik ilkesi "Genel Esaslar" kısmında yer almaktadır, taslakta ise "Temel Hak ve Hürriyetler" bölümünde ele alınmıştır. Şu andaki düzenlemede eşitlik ilkesinin yerine getirilmesi temel hak ve hürriyetler kısmında yer almadığı için bir tavsiyeden ibarettir. Eşitlik ilkesi kamusal subjektif bir hak statüsü kazanamayacak ve kişiler, bu ilke ihlal edildiğinde, mahkemede devlete karşı doğrudan doğruya (örneğin bireysel başvuru yoluyla) dava açamayacaktır. Dolayısıyla, mevcut şartlarda eşitliğin sağlanması kamu hukuku bakımından devletin inisiyatifine kalmış programatik bir öneri/öğüt olarak tasnif edilmeye müsaittir. Hâlbuki taslağa göre eşitlik ilkesi (meri) insan hakkıdır. Devlet bu eşitliği inşa etmez, zaten var olan bu durumu diğer insan hakları gibi tanır ve korur. Bu bir lütuf olamaz, devletin inisiyatifıyla elde edilmez. Devlete düşen, zaten a priori olarak var olan bu eşitliği normatif şekilde anayasal düzeyde tanımak ve içtimai,

siyasi ve iktisadi hayat ile çalışma hayatında meydana gelen fiili eşitsizliği gidermek için gereken tedbirleri almaktır. Bunu sağlamadığı zaman bir insan hakkını ihlal etmiş sayılacaktır.

Bu çerçevede Anayasa’da eşitlik ilkesi anayasal düzeyde bir temel hak ve hürriyet olarak kabul edilmediği için, sırf 10. maddeye dayanarak kişi, Eylül 2012’de yürürlüğe giren bireysel başvuru hakkı vasıtasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan eşitlik ilkesine dayanarak bir dava açamayacaktır; çünkü Anayasa’nın 148. maddesinin açık hükmüne göre birey ancak (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki) bir temel hak ve hürriyeti ihlal edildiğinde bu yola başvurabilecektir. Bu durumda kişi yalnız dolaylı yoldan Anayasa Mahkemesinde eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle dava açabilecektir. Mağdur, uygulanan normun genel eşitlik ilkesine aykırı olduğunu; bunun da Anayasa’nın değiştirilemez hükümleri arasında sayılan ve dolayısıyla kendisine adeta “üst geçerlilik ilkesi” statüsü tanınan hukuk devleti prensibiyle çeliştiğini dile getirebilir. Çünkü “eşitlik ilkesi” hukuk devletinin temel öğelerinden biridir. Hukuk devletini, değiştirilemez hükümleri arasında saymakla anayasa koyucu devletin tüm organlarına bir objektif hukuk kuralı olarak bu ilkenin etkin bir biçimde gerçekleşmesini sağlamak yükümlülüğü getirmiştir. Bu organların içinde evvel emirde Anayasa Mahkemesi gelmektedir; hukuk devletinin tesisi konusunda en önemli görev ona düşmektedir. Mahkeme eşitlik ilkesinin ihlali nedeniyle önüne gelen bir bireysel başvuruyu, hukuk devletinin önemli bir prensibi olması nedeniyle, temel hak gibi değerlendirmelidir. Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi taslağında eşitlik ilkesi temel hak ve özgürlükler kısmında yer aldığından dolayı Alman Anayasası’nda olduğu gibi¹⁶ kamusal-sübjektif bir temel hak niteliğindedir. Böylece eşitlik ilkesinin ihlali durumunda kişi doğrudan doğruya bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinde dava açabilecektir.

¹⁶ Katz, Alfred: Staatsrecht (Devlet Hukuku). Grundkurs im öffentlichen Recht (Kamu Hukukuna Giriş),13. Baskı, 1996, s. 331.

Madde 4 - İyi Niyet Esası ve Keyfi Muameleden Kaçınma

- (1) Devlet kişilere iyi niyet esasına göre davranmakla ve keyfi muameleden kaçınmakla mükelleftir.*
- (2) Devlet, faaliyet ve işlemlerinden dolayı kişilerin maruz kaldıkları maddi ve manevi zararları tazmin eder.*

Eşitlik ilkesinden sonra taslağın 4. maddesinde devlete genel olarak iyi niyet esası ve keyfi muameleden kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir. Bireyin 1. maddede *onuru*, 2. maddede *hürriyeti* ve 3. maddede *eşitliği* evvel emirde devlet otoritesine karşı güvence altına alındıktan sonra, tekrar devlete dönmekte ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korumasını perçinlemek için kamu otoritesine bütün işlem ve eylemlerinde iyi niyet esasına göre hareket etmesi için bir ek mükellefiyet getirilmektedir. Bu hüküm *Temel Hak ve Hürriyetler* kısmında yer aldığı için “iyi niyet ilkesi” insan haklarının korunması konusunda devlete önemli bir ödev yüklemektedir. Örneğin 3. maddenin 3. fıkrasında yer alan pozitif ayrımcılık ile hukuki eşitliğin yanında fiili eşitliği sağlamak ve kıyınlığı gidermek için devlet günlük hayatta gereken tedbirleri almayıp ve bundan dolayı insanlar mağdur olursa, hem eşitsizliğin giderilmesi, hem de meydana gelmiş maddi ve manevi zararının tazmini için Anayasa Mahkemesinde dava açabilecektir. Böylece bir özel hukuk ilkesi olan “iyi niyet” kavramı, kamu hukuku alanına taşınarak bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin devlete karşı daha etkin bir biçimde korunması sağlanmaktadır.

Madde 5 - Devletin Sosyal Hizmet Yükümlülüğü

- (1) Devlet, kişilerin ekonomik ve sosyal yönden insanca bir hayat sürdürebilmesi için gerekli tedbirleri almakla ve genel sağlık sigortası sistemi kurup işletmekle yükümlüdür.*

5. maddenin konusu sosyal devlet hizmetiyle yine kamu otoritesidir. Burada toplumda sosyal adaleti, barışı, refahı ve güvenliği sağlaması konusunda her türlü tedbiri alması için devlete bir ödev yüklenilmektedir. 4. maddenin hedefinde insanın daha çok bireysel korunması var iken 5. madde ise kişinin toplumsal hayattaki sosyal adalet

ve güvenlik sorunuyla ilgili tedbirlerin alınmasına yöneliktir. Taslağın sosyal devlet ilkesi 1. maddede yer alan “insan onuru” kavramıyla birlikte değerlendirilmesi gerekiyor. Bu prensibin somut olaya uygulanmasında yalnız iktisadi şart veya durumlar dikkate alınmayacaktır, devlet, kişinin onurunu da göz önünde bulundurmalıdır. Örneğin, bir kişi için sosyal yardım miktarı tespit edildiğinde, verilecek yardımla kişi insanca bir hayat yaşayabilmelidir, aksi takdirde 1. maddeye aykırılık söz konusu olur. Burada, devletin ekonomik imkânlarıyla kişinin “onuru” arasında ölçülülük ilkesi çerçevesinde uygun bir denge sağlanmalıdır.

Bu yaklaşıma göre, yasamanın takdir ettiği “asgari geçim düzeyi” insanca bir hayat sürdürmeye elverişli değilse kişiler bu hususu dava konusu edebilir¹⁷. Yalnız, böyle bir davanın Anayasa Mahkemesinde açılması durumunda, mahkeme kuvvetler ayrılığı ilkesini dikkate alarak kararını vermelidir. Mahkeme, meclisin yasama yetkisine dayanarak “asgari geçim düzeyi”nin miktarını ve içeriğini belirlemek için sahip olduğu (siyasi) takdir yetkisini tamamen ortadan kaldıran bir denetimden kaçınmalıdır¹⁸. Yaptığı denetim eğer kişinin sosyal, kültürel ve siyasi açıdan toplumsal hayata katılmasını sağlayan maddi imkânlarla ilgili ise, yasa koyucuya daha geniş bir takdir hakkı tanınmalıdır, yok tespit edilen yardım eğer kişinin fiziki-biyolojik hayatının idamesini güvence altına alan miktarıyla ilgili ise yasamanın yetkisini daha sıkı bir denetime tabii tutmalıdır. Çünkü burada kişinin insanca bir hayatı sürdürebilmesi için, lazım olan ve devlet tarafından tespit edilen aynı veya nakdi miktar yeterli olmalıdır. Mahkeme, sağlanan sosyal yardımın kişinin onurlu veya insanca bir hayatı sürdürebilmesi için açık bir biçimde yetersiz olduğu görüşündeyse, ancak o zaman anayasaya aykırılıktan bahsetmelidir. Bunun dışında yasa koyucuya diğer hususları - örneğin yardımın nakdi veya aynı olması gibi - günün koşullarına uygun bir biçimde düzenleyebilmesi için geniş bir (siyasi) takdir hakkı tanınmalıdır.

¹⁷ Katz, Alfred: Staatsrecht, s. 109 ve devamı ve s. 316.

¹⁸ Alman Anayasa Mahkemesi Kararı (BVerfG), 1 BvL 1/09, 9.2.2010, paragraf (138, 141)

3. Sonuç

Turgut Özal Üniversitesi Anayasa Taslağı'nın gayesi, yeni yapılacak anayasa çalışmaları sürecinde 82 Anayasası'nın "institutio" modeline uygun olarak inşa ettiği bürokratik-devletçi otorite odaklı düzenden "constitutio" tipinin benimsediği insan ve hukuk devleti eksenli bir anayasa modeline geçiş konusunda bir katkı sağlamaktır. Devlet artık toplumun ve hukukun üstünde "aşkın" bürokratik egemen bir kurum olarak değil, işlem ve eylemlerinin hukuk ilkeleri tarafından sınırlandırıldığı ve ana gayesinin vatandaşlara etkin bir hizmet sunmak olan hürriyetçi, hukuk ve insan haklarına dayalı bir müessese olarak telakki edilmelidir. İnsan bu model içinde "onurlu bir süje" statüsü kazanmakta ve böylece her türlü araç ve obje haline getirme çabasına karşı hem üçüncü kişilere, hem de kamu otoritesine karşı anayasal düzeyde koruma altına alınmaktadır. Bireylere tanınan insan haklarına "kamusal sübjektif norm" statüsü tanındığı için bunlar devlet iktidarını gerektiğinde etkin bir biçimde sınırlandırabilecekler. Kurulacak siyasi ve hukuki düzenin merkezinde insan ve hukuk yer alacaktır. Artık bireyler "devletin hukuku" tarafından inşa edilmiş ve insan hakları güvencesinden yoksun, hürriyetleri oldukça kısıtlayan otorite merkezli bir düzene tabi olmayacaklar. Devlet iktidarı ve hâkim ideolojisi hukuk devletinin çizdiği sınırlara tabi olacaktır. İdari işlem ve eylemler meşruiyetini evvel emirde temel hak ve hürriyetler ile insan onurundan alacaktır.

Kaynaklar

- Alexy, Robert:** Begriff und Geltung des Rechts (Hukuk Kavramı ve Geçerliliği), 1992
- Grimm, Dieter:** Die Zukunft der Verfassung (Anayasanın Geleceği), 1991
- Hufen, Friedhelm:** Staatsrecht II (Devlet Hukuku), 2. Baskı, 2009
- Jelinek, Georg:** Allgemeine Staatslehre (Genel Devlet Öğretisi), 3. Baskı, 1914

- Katz, Alfred:** Staatsrecht (Devlet Hukuku). Grundkurs im öffentlichen Recht (Kamu Hukukuna Giriş), 13. Baskı, 1996
- Kriele, Martin:** Einführung in die Staatslehre. Die geschichtliche Legitimitätsgrundlage des demokratischen Verfassungsstaates (Devlet Öğretisine Giriş. Demokratik Anayasal Devletin Meşruiyetinin Tarihi) , 6. Aufl., 2003
- Lohmann, Georg:** Menschenrechte zwischen Moral und Recht (İnsan Haklarının Ahlak ve Hukuk ile İlişkisi) in: S. Gosepath/ G. Lohmann, Philosophie der Menschenrechte (İnsan Haklarının Felsefesi), 1998
- Mohnhaupt, Heinz/ Grimm, Dieter:** Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart (Antik Çağdan Günümüze Kadar Anayasa Teriminin Tarihi), 2. Baskı, 1995
- Stern, Klaus:** Die Verbindung von Verfassungsidee und Grundrechtsidee zur modernen Verfassung (Anayasa Düşüncesi ile Temel Hak ve Özgürlüklerin Çağdaş Bakış Açısı Çerçevesindeki İlişkisi) in: *Helmut Siekmann*, Der Staat des Grundgesetzes. Gewählte Schriften und Vorträge (Alman Anayasasında Devlet Kurumu. Seçilmiş Yazı ve Tebliğler), 1992
- Vorländer, Hans:** Die Verfassung (Anayasa) , 3. Aufl., 2009
- Zippelius, Reinhold/ Württenberger, Thomas:** Deutsches Staatsrecht (Alman Devlet Hukuku), 32. Baskı, 2008

İDARE HUKUKU VE ÖZEL HUKUK ARASINDA YARIŞMA MI UZLAŞMA MI?

Dr. Dilşat YILMAZ*

ÖZET

Türkiye idari rejimi benimsemiş bir ilkedir. Bunun anlamı, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesidir. Ancak son yıllarda idarenin faaliyetlerin özel hukuk işlemleri yoğun olarak ilişkili hale gelmesiyle, idari uyuşmazlıklarda özel hukuk kurallarının yeri tartışılır hale gelmiştir. Başka bir ifadeyle idari yargıcın idari uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk kurallarından yararlanıp yararlanamayacağı; yararlanabilecekse bunun sınırı ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, Özel hukuk, İdari Yargıç, Adli Yargıç, bekletici sorun

COMPETITION OR COMPROMISE BETWEEN ADMINISTRATIVE LAW AND PRIVATE LAW?

ABSTRACT

Turkey is one of the states that adopted "administrative regime". It means, the disputes arising from administrative act and actions are judged at the administrative courts by applying rules of administrative law. But in the recent years, because of the fact that, the operations of the

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

administration have become strict related with the acts of private law, the role of the private law rules in "administrative dispute" has become a subject that has been arguing. In other words, if administrative judge is allowed to apply private law rules to the administrative disputes, and if the reply is positive, the scope of this usage necessitate a special consideration.

Keywords: Administrative Law, Private Law, Administrative judge, Ordinary judge, prejudicial issue

GİRİŞ

Ülkemizde de uygulanan, "İdari rejim" ya da "Kıta Avrupası" denen sistemde, idare hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı yerlerinde çözülür ve, idarenin işlem ve eylemlerine özel hukuk faaliyetlerinden farklı, kendine özgü özellikleri bulunan idare hukuku kuralları uygulanır. İdari yargı yerleri kural olarak yargılama faaliyetleri sırasında idare hukuku ve idari yargılama hukuku kurallarını kullanırlar. *"İdari rejimde ihtisaslaşmış olan idari mahkemeler, kendi usul kuralları çerçevesinde yargılama faaliyeti yapan ve uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan idare hukuku kurallarını uygulayan, adalet mahkemelerinden ayrı, farklı bir yargı kolu içinde yer alan bağımsız mahkemelerdir"*¹.

İdare Hukuku ise, *"İdare hukuku, idarenin etkinliklerini(işlemlerini ve yerine getirmekle görevli olduğu hizmetleri), kuruluşunu, işleyişini, insan ilişkilerini düzenleyen kuralları içeren hukuktur"*².

İdare hukuku kurallarının temel özelliği, idarenin kamu yararı için faaliyet gösteren cihaz olmasına bağlı olarak şekillenmiştir. Anılan sebeple idare, özel hukuk kişilerinin sahip olmadığı birtakım ayrıcalıklı yetkilere sahiptir ve idare hukuku ilişkileri idare lehine yaratılan bir eşitsizlik üzerine kurulmuştur. Güran bu gerçeği şöyle ifade etmektedir:

¹ AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 91.

² ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku C. 2, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 101.

"...idari davaların, Kamu Hukuku'nun kendine özgü kavramlarına, mantığına, muhakemesine sahip ve bilgileri ile donanmış olan ve de hukuk devletine bu kapsamda bakmak "uzmanlığına" sahip bulunan yargıçlar tarafından yargılanması; bireylerin de, davalı İdare'lere karşı, İdari Yargı'nın farklı, etkin silahlarından yararlanması demektir"³.

İdarenin faaliyetlerinin her geçen gün çeşitlenmesi, idarenin farklı farklı, özellikle de ekonomik alanlarda da faaliyet göstermesi, kamu hizmetlerinin görülmesinde özel hukuk kişilerinin de yer almaya başlaması, idarenin bazı özel hukuk işlemleri içine girmesine yol açmıştır. Söz konusu faaliyetler tamamen "özel hukuk işlemi"⁴ olabileceği gibi idarenin özel hukuk işlemleri içinde yer alan veya onunla bağlantılı idari nitelikli işlem ya da eylemleri olabilmektedir. İşte bu noktada karşımıza sorun olarak, idari yargıcın yargılama faaliyetini sürdürebilmek bakımından özel hukuk hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı, bu yararlanmanın sınırı gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır.

I- İDARİ YARGIÇ ÖZEL HUKUK HÜKÜMLERİNE BAŞVURABİLİR Mİ?

Anayasamızın "mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesi uyarınca "*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*". Normlar hiyerarşisinde idare hukuku ve idari yargılama normlarının de temelini oluşturan söz konusu maddede, herhangi bir ayırım gözetmeksizin hakim "hukuka" ve "kanuna" uygun karar vereceğinden bahsetmektedir. Çeşitli yazarlarca idari yargının anayasal dayanağı olarak kabul edilen Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ilişkin Anayasamızın 157. maddesi⁵ ve

³GÜRAN Sait, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", 2008 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, s. 58.

⁴Akıllıoğlu 1983 dönemi sonrasındaki mevzuat incelendiğinde özel hukuk alanının genişleyip, idare hukuku alanının daraldığına dikkat çekmektedir. AKİLLİOĞLU Tekin, "Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri". AİD, Cilt. 20, Sayı. 3, s. 27-28.

⁵GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 352.

Danıştay'a ilişkin 155. maddeleri de incelendiğinde⁶, söz konusu mercilerin "mahkemelerin bağımsızlığı" prensibine göre işleyeceğinden bahsedilmektedir⁷.

Kaldı ki, İdare Hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olması, onun diğer hukuk dallarından tamamen ayrı bir hukuk dalı olması anlamına gelmemektedir. Söz konusu bağımsızlık, hukuk prensiplerinin idare hukukunda aynı konularda özel hukuktakinden farklı bir yoruma tabi tutularak değerlendirilmesidir. Atay idare hukukunu miks bir hukuk dalı olarak nitelendirmektedir: *"Bu hukuk dalının bir kısmı kamu hukuku kurallarından kaynaklanmakta diğer bir kısmı da özel hukuktaki kurallardan hareketle uygulanmaktadır"*⁸.

Atay ayrıca bir zorunluluğa dikkat çekmektedir: *"Nitekim bazı durumlarda idari yargıç Özel Hukuku uygulamakta buna karşılık adli yargıçta aynı şekilde bazen İdare Hukukunu uygulamak durumunda kalmaktadır. Böylece geleneksel doktrinin arzuladığı gibi idari yargıcın etkisi katı bir şekilde İdare Hukukunun tanımına bağlı değildir. Bazı durumlarda idari yargıcın Özel hukuku uygulamasına örnek olarak idari yargıdaki ehliyet kavramı gösterilebilir. İdari yargıç bazen de Özel Hukuk kavramlarını İdare Hukukunun özelliklerini dikkate alarak kullanmak zorunda kalmaktadır. Bu husus özellikle idarenin sözleşmeleri ve idarenin sorumluluğunda söz konusudur"*⁹.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 1973 yılında vermiş olduğu kararında, adli yargıcın uyuşmazlığın gerekli kılması halinde özel hukuk hükümlerini uygulayabileceğine karar vermiştir. İçtihatların

⁶ ATAY E. Ethem, "İdare Hukukuna İlişkin Temel Prensipler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri", GÜHFD, C. 11, S. 1,2, s. 507.

⁷ Bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 47.

⁸ ATAY, s. 505. Ataya göre idare hukuku kurallarının özel hukuk kurallarından farklı olduğu katı bir şekilde ifade edilmemelidir. Uyuşmazlığın niteliğine göre aynı kurumun hem özel hukuk hem idare hukukunda "aynı anlam ve içerikte" uygulanması söz konusu olabilir. Ancak söz konusu örtüşmenin ortaya çıkma olasılığı genellikle söz konusu olmaz. ATAY, a.g.m., s. 513.

⁹ ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 25.

birleştirilmesi gereğini doğuran olayda, idarenin hataya düştüğünü anlayıp, yaptığı fazla ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenip istenemeyeceği konusundaki çelişik kararlar olmuştur. Yargıtay söz konusu olayda geri almaya ilişkin prensipler ortaya koymuş ancak bundan önce şu açıklamaları yapmıştır: "*Borçlar Kanununun 61 ve sonraki maddelerinde düzenlenmiş bulunan sebepsiz zenginleşmede sebep, ile bunun sonuçlarını ayırmak gerekir. Eğer bu sebep kamu (idare) hukukunu ilgilendiren bir sebep ise, bu geçerli (muteber) olup olmadığı kamu (idare) hukuku ilkelerine göre çözümlenecek, konu çözümlendikten sonra, sonuçlarının tayin ve tespitinde Borçlar Kanununun 61 ve sonraki maddeleri uygulanacaktır. (Oser Schöenberger Borçlar Hukuku, R.S.çevirisi, 1950 Sh. 560, 561 Bussy Andre, İsviçre Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme, K.G. çevirisi, 1948, Sh. 16, 17 Becker İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Cilt VI, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Fas. 2, K. Reisoğlu çevirisi, Sh. 372;). Ancak sebepsiz zenginleşmenin sonuçlarına Borçlar Kanununun 61 ve sonraki maddeleri hükümlerinin uygulanabilmesi için kamu (idare) hukukunda bu hükümlerin aksine hüküm bulunmaması gerekir. Diğer bir deyimle, Borçlar Kanunu hükümleri, kamu (idare) hukukunda bu hüküm bulunmadığı hallerde tamamlayıcı hüküm olarak uygulanır (Fiek F., Commentaire du Code Federal des Obligations, cilt I, 1915 Sh. 175). Yine, Türk Borçlar Kanununa alınmamış olan ve memurların görevlerini ifa sırasında sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı sorumluluklarına ait İsviçre Borçlar Kanununun 61. maddesinin yorumunda, memurun kendi fiillerinden dolayı kamu kuruluşlarına karşı sorumluluğunun derecesini kamu hukuku kurallarının tayin edeceği ve örneğin kendisine tanınmış takdir veya yorum hakkını kullanırken hataya düşmesini, kamu (idare) hukuku kurallarınca, kusur olarak telakkisine imkan bulunmadığı kabul edilmektedir. (Oser Schöenberger, a.g.e., Sh. 551- 552 Funk Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, Umumi Hükümler, H. Veldet ve C.H. Selek çevirisi, 1938, Sh. 106, 107). Türk sisteminin uygulama şekli de ayrıca bizi yukarıdaki kabul tarzına götürmektedir. Şöyle ki: İdarenin, mahkemeye başvurmadan, resen istirdada kalkması halinde, bu istirdat*

işlemi aleyhine açılacak iptal davası Danıştay'da görülecek ve tabiidir ki, Danıştay, bu anlaşmazlığı çözmek için, idare hukuku kurallarını uygulayacaktır. İdare fazla ödemeleri resen memurun aylığından kesmeyip de olayda olduğu gibi mahkemeye başvurduğu takdirde işlem aynı anlaşmazlık olduğu halde, bu kez idare hukuku kurallarının değil de Borçlar Yasası kurallarının uygulanması ve belki de tamamen aksi sonuca varılması adalet ve hukuksal düzenin kabul edemeyeceği bir durum yaratacaktır. *Hukuk alanında devamlılık (istikrar) ve güven ise temel ilkelerdendir. Onun için, anlaşmazlık sebebi idare hukukunu ilgilendiren bir sebep ise bu çelişkiyi önlemek, ikili sonuca varma ihtimalini ortadan kaldırmak, uygulamada yeknesaklığı sağlamak, için de, tasarrufun ait bulunduğu hukuk dalı kurallarının uygulanması zorunludur.*

Bu suretle idarenin, yanlış tasarrufunu geri alması üzerine geri alma tarihine kadar ödediği fazla paraları, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tahsilini istemesi davalarında yanlış tasarrufun geri alınıp alınamayacağı, geri alınabilse dahi geçmişteki durumların hukukça tanınması gerekip gerekmediği, bunun sonucu olarak ödenmiş paraların geri istenip istemeyeceği konusundaki sorunun idare hukuku kurallarından faydalanılarak çözümlenmesi gerektiği belirlenmiş olmaktadır¹⁰.

Bu karardan kısa bir süre sonra ise Danıştay, Ticaret Bakanlığının anonim şirketin sözleşme değişikliği izninin iptali için açılan davada, görevsizlik kararı vermiştir. Görevsizlik kararının gerekçelerinden bir tanesini uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği ve Danıştay'ın bu konuda görevi olmaması oluşturmuştur¹¹.

Aktarılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararından sonraki tarihli Yargıtay kararlarının bazıları da, bu içtihada aykırı niteliktedir. Örneğin

¹⁰ YİBGK, E. 1972/6, K. 1973/2, 27.01.1973, www.kararevi.com., 16.09.2013.

¹¹ NAKLEDEN: AKILLIOĞLU Tekin, " Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzninin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları, BATIDER, C. 10, S. 2, s. 459.

tapu kaydının düzeltilmesi istemiyle yerel mahkemede açılan davada, tapu kaydının dayanağını olup olmamasının idare hukukuna ilişkin bir durum olup denetimde idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiş ve Yargıtay'ca da bu karar hem onanmış hem de karar düzeltme talebi reddedilmiştir. Yine Yargıtay Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından alınan tek yanlı kararın geçerliliğinin adli yargıda dava edilemeyeceğine hükmetmiştir¹².

Duran, 1982 yılında yapılan idari yargı reformundan sonra verilen söz konusu kararlara ilişkin şu değerlendirmeyi yapmaktadır: " 6 Ocak 1982 tarihli ve 2577 numaralı *İdari Yargılama Usulü Kanunu, Danıştay uygulamalarına göre bu tür idari işlemlerin sağlık ve geçerlik denetimini de sağlayan "yorum davası"na¹³ artık yer vermemekte ve yalnız genel "iptal davası" yolunu açık tutmaktadır. Oysa yorum davası, Adalet mahkemelerince idari bekletici sorunlarını Danıştay'a havale kararıyla göndermesi üzerine, süre kaydı aranmaksızın, öncelik ve ivedilikle karara bağlanmasına imkan vermekte idi...1982 tarihli İdari Yargı kanunlarıyla ortaya konan yargı düzeninde(adlileşme) artık idari bekletici soruna yer bırakmadığı, bunların Adalet mahkemelerince bir ön sorun sayılarak çözümlenebileceği kabul edilmek gerekir. ..Adli yargının, davanın esası gibi, bu sorunların da tabii hakimi olduğu savunulabilir... Ancak bu çözümler benimsendiği takdirde "idari yargı" özgürlüğünü ve bağımsızlığını yitirmiş olur"¹⁴.*

Sezginer ise, şu saptamayı yapmaktadır: "*Hukuk sistemimizde idari yargıda görülmekte olan bir dava sırasında, çözümlenmesi gereken özel*

¹² NAKLEDEN: DURAN Lütfi, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar" AİD, C. 18, S. 2, s. 29 vd.

¹³ "Genel olarak yorum davasının konusunu, bir yönetsel işlemin anlamı, kapsamı ya da geçerliliği konusunda çıkan anlaşmazlıklar oluşturur. 521 sayılı Danıştay Kanunu, yorum davasını, "adalet mahkemelerinde bakılmakta olan bir davada, bu dava ile ilgili idari bir işlemin manası veya şumülünün tayini hususunda çıkacak uyuşmazlıkların halli için mahkeme kararı üzerine" açılacak davalar olarak tanımlamış ve yorum davasının kapsamını dar tutmuştur. Uygulamada pek başvurulmayan yorum davası, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile kaldırılmıştır". GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 12.

¹⁴ DURAN, s. 31.

hukuk uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda bekletici sorun yoluyla uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesini öngören bir mekanizma mevcut değildir. Bu sebeple de özel hukuk alanında görülen idari işlemlerde, işlemin konusunu teşkil eden özel hukuk hükümlerinin göz önünde bulundurulduğu gibi, işlemin denetimde de kısmen de olsa iptal davası yargıcının bu hükümleri göz önünde bulundurması gerektiğini söyleyebiliriz. Burada yargı düzenlerinin görev alanlarını ihlal etme riski mevcut olmakla birlikte, aksi durumda da her iki yargı düzeninin olarak davaya bakmaması sebebiyle yargısal denetim dışında bir işlem kesiminin ortaya çıkması söz konusu olabilir ki, bu da kabulü mümkün olmayan bir husustur"¹⁵.

II- ASLİ Mİ YARDIMCI MI?

İdari yargıcın özel hukuk normlarını kullanabileceğinin saptanmasının ardından, söz konusu normların uyuşmazlığı çözümedeki değeri saptanmalıdır. Uyuşmazlığın çözümünün temel olarak özel hukuk normuna dayandırılması yani uyuşmazlığı çözen esas normun özel hukuka ait olması halinde "aslî" norm olma hali söz konusu olacaktır.

İdari rejimi benimseyen ülkelerde kural, idare hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi olduğundan, idari bir uyuşmazlıkta özel hukuk normlarını temel alarak uyuşmazlığı çözmek, adli- idari yargı ayırımının anlamını ortadan kaldıracaktır. Bu sebeple, idari rejimin benimsenmiş olduğu bir ülkede, gerek aynen gerek yorumlanarak uygulansın özel hukuk kurallarının idari yargılamada yardımcı nitelikte olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, idari uyuşmazlığı çözecek derecede olmalıdır.

Anayasamızın 138. maddesinde yargı kararlarının yasama, yürütme ve idareyi bağladığından bahsedilip, ayrıca "yargı" organından bahsedilmemesine açıklık getiren yazarlar haklı olarak şu vurguyu yapmaktadırlar: " *Anayasa koyucu, 138. maddede yargı organından bilinçli olarak bahsetmemiştir. Ancak bu durum, kesinlikle bir yargı kararının bir*

¹⁵ SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 93.

başka yargı organını bağlamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim tarafları ve konusu aynı olan ve farklı yargı mercilerinde yargılama konusu edilen hukuki uyuşmazlıklarda, eğer yargılama faaliyeti, aynı maddi sebeplerin ve aynı ihlalin araştırılması niteliğinde ise bir yargı yerince verilen kararın diğer yargı yerini bağlayacağı muhakkaktır"¹⁶.

III- İDARİ YARGILAMANIN FARKLI AŞAMALARINDA ÖZEL HUKUK

İdari yargıcın özel hukuk hükümlerini uygulaması, yargılamanın farklı aşamalarında söz konusu olabilir. İlk olasılık söz konusu değerlendirmenin ilk inceleme aşamasında yapılmasıdır. Yıllardır yargı kararlarında ve doktrinde yoğun olarak tartışılmakla beraber, yargı yerlerinin son dönemlerdeki genel yaklaşımı, bir uyuşmazlığın çözüm yerini belirlemede yasa koyucunun takdir yetkisi bulunduğu yönündedir¹⁷. Böyle bir belirleme bulunmaması halinde, söz konusu uyuşmazlığı çözenin görev alanına girip girmediğini yargıç kendisi belirleyecektir¹⁸. Bu noktada yargıcın başvuracağı kriter elindeki uyuşmazlığın idare hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait bir uyuşmazlık olduğunu saptamak olacaktır. Söz konusu uyuşmazlık idare hukukuna ilişkin ise, ilk incelemenin diğer safhalarına geçilecek, özel hukuka ait ise görevsizlik nedeniyle davanın reddine karar verilecektir. İşte uyuşmazlığın ait olduğu hukuk dalını bulmak hem idare hukuku hem de özel hukuk kurallarının gözden geçirilmesini gerekli kılacaktır. Örneğin idari yargıç önüne gelen bir işlemin kendi görev alanına girip girmediğini saptayabilmek için idari işlemler olduğu kadar Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin düzenlemelerini dikkate almak zorunda kalacaktır.

¹⁶ AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 80.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları için bkz. ÇAĞLAYAN, s. 47-48.

¹⁸ Adli yargıcın özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda "olumsuz açıdan" da olsa idare hukuku kurallarını uygulamak zorunda kalabileceğine dikkat çekmektedir: "...yönetimin özel hukuk ilişkisine mutlaka özel hukuk kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak, bu uygulamanın koşulları belirlenirken olumsuz açıdan da olsa yönetim hukuku kuralları uygulanmaktadır. Örneğin, bu olayda, adli yargıç özel hukuk ilişkisini saptayabilmek için öncelikle ilişkinin "idare yasalarının izin verdiği biçimde" kurulup kurulmadığını araştırmak zorundadır". AKILLIOĞLU, BATİDER, s. 463.

İdari yargıcın özel hukuk kuralları ile karşı karşıya gelebileceği ikinci ve aslında pek çok sorunu barındıran durum ise, esasa ilişkin denetim aşamasında söz konusu olacaktır. İdari işlemlerin bazılarının hukuka uygunluğu, bir özel hukuk işlemine dayanabilir ya da idarenin işlemi bir özel hukuk işlemler dizisinin arasına girerek onun sonuçlarını pekiştirebilir ya da işlerliğini sağlayabilir¹⁹. Akıllıoğlu bu işlemlere "özel hukuk alanıyla etkileşen idari işlemler" adını vermektedir: "*Bazı durumlarda bir yönetsel işlemle bir özel hukuk işlemi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır*"²⁰. Bu gibi durumlarda idari uyuşmazlığın çözülebilmesi için öncelikle yakın ilişkili olunan özel hukuka ilişkin sorunun da çözülmüş olması gerekir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. maddesine göre "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi" idarenin sözleşmeyi feshine imkan veren hallerden biridir. Mücbir sebep halleri dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme, 4735 sayılı Kanun'un 25nci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlardandır ve bu durumda Kanun'un 26ncı maddesi hükmüne göre yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Örneğin söz konusu yasaklama kararının hukuka uygun olup olmadığının idari yargı tarafından denetlenebilmesi için, idari yargıcın öncelikle bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmesinin feshinin hukuka uygun olup olmadığı noktasında bir sonuca varması gerekmektedir.

Bu noktada da sorun çeşitli olasılıklar kapsamında ele alınmalıdır. Birinci olasılık, idari yargıda açılmış dava öncesinde aynı konuda daha önce adli yargı yerinde açılmış olan yani derdest bir dava bulunmasıdır. İdari yargıç, yasaklama kararının hukukiliğine ilişkin yaptığı denetim sırasında, sözleşmenin feshini hukuka aykırı bularak, yasaklama kararını iptal etmiş olsun. Bu arada adli yargıda devam eden sözleşmenin feshine ilişkin dava sırasında adli yargıç ise, söz konusu feshi hukuka uygun

¹⁹ AKILLIOĞLU, BATİDER, s. 469.

²⁰ AKILLIOĞLU, BATİDER, s. 467.

bulmuş olsun. Görülüyor ki, aynı sebepten kaynaklanan uyuşmazlıkta adli ve idari yargı yerlerinin farklı çözümler üretmesi söz konusu olabilme olasılığı az bir ihtimal değildir.

Esasa ilişkin değerlendirme konusunda bir diğer sorun yaratacak durum, davanın önce idari yargı yerinde açılması sonrasında adli yargı yerinde dava konusu olmasıdır. Başta da ifade edildiği üzere, söz konusu idari uyuşmazlık ile ilgili özel hukuk işleminin dava konusu edilmemesi halinde, idari yargıcın değerlendirme yapabileceği muhakkaktır ve buna engel bir durum da bulunmamaktadır. Ancak bu son olasılıkta, idari yargıcın özel hukuk işlemi hakkında yaptığı değerlendirme sonrasında adli yargı yerinden aynı konuda tamamen farklı bir karar çıkma olasılığı da bulunmaktadır.

Benzer sorun yani elindeki uyuşmazlığın idare hukuku ile bağlantılı olması ve bu konuda adli yargıda dava açılması halinde, adli yargıç anılan sıkıntıya düşmemek adına bu durumu "ön sorun" ya da "bekletici sorun" haline de getirebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 163. maddesi uyarınca "(1)Yargılama sırasında, davaya ilişkin bir ön sorun ortaya çıkarsa, ilgili taraf, bunu dilekçe vermek suretiyle yahut duruşma sırasında sözlü olarak ileri sürebilir".

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165. maddesi uyarınca "(1) Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir. (2) Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir".

O halde, "ön sorun"²¹ ve "bekletici sorun"un ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Aşık her iki kurumun niteliğine ilişkin şu saptamayı yapmaktadır: *"Bir davada asıl sorunun çözümlenebilmesi için izlenecek prosedür sırasında, bu prosedürle ilgili olarak ortaya çıkan tali nitelikteki ihtilaflar, ön sorun(hadise) olarak nitelendirilmektedir... Geniş anlamda ön sorun, dava içinde çözümlenmesi gereken her sorunu ifade etmektedir. Bu anlamda bekletici sorun da geniş anlamda ön sorun içinde yer alır. Ancak davanın çözümlenebilmesi için öncelikle karara bağlanması gereken ön sorun hakkında başka bir mahkeme veya merciin karar vermesi gerekiyorsa bu ön sorun, bekletici sorun olarak nitelendirilmektedir... bekletici sorun kararı verilmesi durumunda derdest başka bir dava vardır"*²².

Başka bir ifade ile yargıcın önündeki uyuşmazlığın çözümü ile bağlantılı uyuşmazlığı çözmeye görevli değilse ve bu konuda diğer yargı kolunda açılmış bir dava söz konusu değil ise, "ön sorun" söz konusu iken iken, aynı konuda diğer yargı kolunda önceden ya da daha sonra açılan derdest bir dava var ise, "bekletici sorun" söz konusu olacaktır²³. Aşık 165. maddenin ikinci fıkrasına ilişkin şu saptamayı yapmaktadır. *"Mahkeme bekletici sorun kararı vermek amacıyla ilgili tarafa dava açması veya idari makama başvuru yapması için süre vermediği müddetçe kural olarak karşısına çıkan ön sorunu kendisi çözebilecektir. Ancak mahkeme bu konuda ilgili tarafa dava açması veya idari makama başvuru yapması için süre vermişse bu sorunu artık kendisi çözemez"*²⁴.

²¹ " Usul hukuku açısından bir sorunun ön sorun olarak nitelenebilmesi için bu sorunun, asıl sorundan önce çözümlenmesi, bir başka ifadeyle bir sorunun çözümünün başka bir sorunun öncelikli olarak çözümüne bağlı olması söz konusudur. Bu nedenle ön sorunda "ön" kelimesi, sorunun ortaya çıktığı zamana ilişkin olmamakta aksine çözümün zamanına, çözümün önceliğine ilişkin olmaktadır". AŞIK İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012 , s. 23.

²² AŞIK, s. 42. *"Bekletici sorun kararı verilmesi belki yargılamayı geciktirecek, ancak o sorun hakkında görevli mahkeme veya merci tarafından karar verildiği için adil karar verilmesi ve hukuki barışın sağlanmasına hizmet etmiş olacaktır"*. AŞIK, s. 29.

²³ Bkz. AŞIK, s. 19.

²⁴ AŞIK, s. 136.

Görüldüğü üzere, adli yargıç bakımından özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği halde ortaya çıkması muhtemel bütün sorun olasılıkları ortadan kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle eğer özel hukuk sorununa ilişkin derdest bir dava var ise ya da söz konusu davanın daha sonra açılması halinde adli yargıç, "bekletici sorun" kurumunu işletebilecektir²⁵.

Ancak idari yargıç için sorunu aşmak bu kadar kolay görünmemektedir. İYUK'un HMK'ya atıf yapan 31. maddesine bakıldığında, gönderme yapılan konular arasında "ön sorun" ya da "bekletici sorun" bulunmamaktadır. Ancak Danıştay'ın uzun yıllar önce verdiği kararlarında da, idari yargıcın özel hukuk hükümlerini uygulamasına olumlu yaklaşıldığı görülmektedir. Maddi hukuka değil yargılama hukukuna ilişkin olmakla beraber, 521 sayılı Danıştay Kanunu döneminde Danıştay'ın, Danıştay Kanunu'nda HUMK'ya açık atıf yapılmayan hallerde, sürelerin hesabı, davaların birleştirilmesi ya da derdestlik konularında, özel hukuk hükümlerini uyguladığı belirtilmektedir²⁶.

Bu noktada belki akla gelebilecek bir diğer durum, adli yargıç tarafından daha önceden verilmiş kararın "istinaf", "temyiz" ya da "yargılamanın iadesi" yollarına götürülmesi halinde idari yargıcın ne yönde hareket etmesi gerekeceğidir. HMK'nın 350. maddesi uyarınca istinafa, 367. maddesi uyarınca temyiz, 381. maddesi uyarınca yargılamanın iadesi yoluna başvurulması kararın icrasını durdurmaz. Bu hükümlere dayanarak, idari yargıcın adli yargıcın saptamalarına dayanarak idari uyuşmazlığı çözmesi gerektiği iddia edilebilir. Ancak idari yargıcın uyuşmazlığı bu şekilde çözmesinin ardından söz konusu kararların Yargıtay tarafından hukuka aykırı

²⁵ HMK'nın 165. maddesinde düzenlenen "ihtiyari bekletici mesele" dir. Çeşitli kanunlarda ve HMK'nın spesifik alanlara ilişkin bazı düzenlemelerinde(örneğin 54. maddesi) bekletici mesele uygulaması "zorunlu" kabul edilmiştir.

²⁶ EROĞLU Yaşar, "Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı", DD, Y. 3, S. 8, s. 28 vd.

bulunması halinde, ortaya hukuka aykırılığı saptanan bir kararı dayanak yapan başka bir yargı kararı çıkacaktır²⁷. Söz konusu durum aynı zamanda bireylerin adalet duygusunu incitip yargı yerlerine olan güveni sarsacaktır. Bu sebeple, anılan sıkıntıyı bertaraf etmek için Yargıtay incelemesinin sonucunun beklenmesi uygun olacaktır. Ne var ki, burada da kanun yolu incelemesinin genelde pek de kısa sürmemesi bir itiraz olarak karşımıza çıkacaktır. O halde çözüme ulaşmak için " idari yargılamanın kısa sürede sonuçlanması" ile "adalet duygusunu tatmin eden karar verilmesi" arasında, menfaatler dengesi gözetilerek bir tercih yapılması gerekir. Adaletin aslı "en erken geleni" olmakla beraber, yargı kararının içerik olarak tatmin edici olması da bundan önemsiz sayılmamak gerekir. Başka bir ifade ile adli yargıdaki kanun yolu incelemesinin sonucunu beklemek çelişkileri ortadan kaldırarak daha ikna edici ve tatminkâr bir karar çıkmasını sağlayarak, yargı yerlerine duyulan güvenin azalmasının önüne geçecektir.

Bazı ülkelerde de, yapılan yasal düzenlemelerle idari yargıcın söz konusu sıkıntıları yaşamasının önüne geçilmiştir. Örneğin Alman Yasa Koyucu, Alman İdare Mahkemeleri Kanunu'nun (WwGO) 94. maddesinde bekletici soruna ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Söz konusu madde uyarınca "hukuki uyuşmazlığın çözümü kısmen ya da tamamen başka bir hukuki uyuşmazlığın konusu olan ya da idari bir makamca saptanacak bir hukuki ilişkinin varlığına ya da yokluğuna bağlı ise, dava diğer uyuşmazlığın çözümü ya da idari makamın kararına kadar ertelenebilir".

İdari yargıcın özel hukuk kuralları ile ilişkisi Fransız Hukukunda²⁸ da güncelliğini korumaktadır. 2012 yılında Conseil D'État da yapılan bir

²⁷ Bir olasılık olarak, dayanağı olan adli yargı kararının hukuka aykırılığı saptanan söz konusu idari yargı kararının da kanun yollarına götürülmesi ihtimali akla gelebilir. Ancak, Yargıtay incelemesi sonuçlanana dek, kanun yollarına ilişkin sürenin sona ermiş olma ihtimali de bulunmaktadır.

²⁸ Fransız Hukuku'nda 16-24 Ağustos 1709 tarihli yasa ve Decret 26 fructior an III ile, adli- idari yargı ayrımının temellendirilmeye çalışıldığı ifade edilmektedir. Farklı görüşler için bkz. SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif>

konferansta Başkan Yardımcısı Sauvé, idari yargıç ve özel hukuk ilişkisi hakkında şu bilgileri aktarmaktadır: "İstisnalar sayılmazsa, idari yargıç sadece idari işlemler konusunda yetkili iken adli yargıç ise özel hukuk işlemlerinin anlam ve geçerliliğini değerlendirmeye yetkilidir"²⁹... Ancak son zamanlarda yaşanan değişimler bu konuda daha önceden de bulunan istisnalara yenilerini eklemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu diğer yargıcın alanını tanımama değil, bir diyalog olarak nitelendirilmelidir. Yargının iyi yönetimi, aynı uyumsuzluk hakkında bağlantılı olan yargıçların işbirliğini de zorunlu kılmaktadır"³⁰.

IV- SONUÇ

Türkiye idari rejimin geçerli olduğu bir ülkedir. Bunun sonucu, idarenin faaliyetlerine kural olarak İdare Hukuku'nun uygulanması, idarenin idare hukuku alanında yaptığı işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sorunların uzmanlaşmış idari yargı yerleri tarafından çözümlenmesidir. Ancak idarenin faaliyet alanlarının zamanla çeşitlenmesi idarenin işlemleri ile özel hukuk işlemlerini bağlantılı hale getirmiş, idari yargıç önüne gelen uyumsuzluklarda özel hukuk meseleleriyle karşı karşıya gelmiştir. İdari rejimi benimseyen bir ülkede, idari yargıcın özel hukuk meseleleri konusunda değerlendirme yapmasının söz konusu prensibi ihlal olduğu düşünülebilir. Ne var ki, hukuk sistemimizde "bekletici" sorun gibi bu meseleyi ortadan kaldıran bir mekanizma söz konusu olmadığı için tek çözüm olarak, idari yargıcın idari uyumsuzluğu çözmek adına çeşitli çareler üretmesi zorunlu görünmektedir. Yargıcın önüne gelen uyumsuzluğu çözüme yükümlülüğü de

et-les-actes-et-activit.html, 04.08.2013. Ayrıca bkz. E Ethem Atay, "Fransa'da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı", KaHuKa, Ekim 1998, Y. 1, s. 111- 112., ÇAĞLAYAN, s. 10, GÖZLER Kemal- KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 28.

²⁹ Yazar, bu ayrımın söz konusu hukuki ilişkilerin kendi doğalarından kaynaklandığını ifade etmektedir. SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-actes-et-activit.html>, 04.08.2013.

³⁰ SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-actes-et-activit.html>, 04.08.2013.

bu mecburiyeti doğurmaktadır. O halde idari yargıç idari uyuşmazlığı sonlandırma konusunda öncelikli olan özel hukuk uyuşmazlığı hakkında derdest bir dava varsa ya da idari davadan sonra açılan bir dava var ise "bekletici sorun" a ilişkin HMK hükümlerini uygulayabilmelidir Böylelikle yargı yerlerinden farklı karar çıkması önleneceği gibi, idari rejimin temel prensipleri zorlanmamış olacaktır. Bu şekilde bir dava yoksa da, idari rejim açısından tartışmalı bir durum yaratacak olmakla beraber, uyuşmazlığı çözme zorunluluğu adına, "idari uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olma" sınırlarını aşmamak kaydıyla özel hukuk sorunu hakkında idari yargıcın değerlendirme yapabileceğini kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU Tekin, " Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölümleri". AİD, Cilt. 20, Sayı. 3.
- AKILLIOĞLU Tekin, " Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzinin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları, BATİDER, C. 10, S. 2.
- AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- ATAY E. Ethem, "Fransa'da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı", KaHuKa, Ekim 1998, Y. 1.
- ATAY E. Ethem, "İdare Hukukuna İlişkin Temel Prensipler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri", GÜHFD, C. 11, S. 1,2.
- ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012
- AŞIK İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

- DURAN Lütfi, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar" AİD, C. 18, S. 2.
- EROĞLU Yaşar, "Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı", DD, Y. 3, S. 8.
- GÜRAN Sait, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", 2008 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara.
- GÖZLER Kemal- KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-actes-et-activit.html>, 04.08.2013.
- SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku C. 2, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

TAŞIMA İŞLERİ KOMİSYONCUSUNUN TAŞIMA İŞİNİ ÜZERİNE ALMASI VE BUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

Dr. Umut AKDENİZ*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nun 917 ilâ 930. maddelerinde hüküm altına alınmış olan ve kural olarak eşyanın taşıtılmasını üstlenen taşıma işleri komisyoncusu için aynı kanunun 926. maddesinde taşıma işini üzerine alma hakkı öngörülmüştür. Taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işini üzerine alması, taşımanın normal bir taşıyıcı tarafından gerçekleştirilmesine nazaran hızlı ve az maliyetli olabilmesi bakımından eşyasını taşımak isteyen kişiye de avantaj sağlar. Normal bir durumda taşıma işleri komisyoncusu eşyanın taşıtılması borcunu taşıyıcı ile sözleşme akdederek ve eşyayı bu kişinin taşımasını temin ederek yerine getirir. Taşıma işleri komisyoncusunun, sayılan bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmesi sözleşmenin ifası anlamına gelir. Bu nedenle, kural olarak, taşıma işleri komisyoncusu, taşıyıcının fiillerinden sorumlu tutulamaz. Ancak, taşıma işini üzerine alan taşıma işleri komisyoncusu taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler bakımından taşıyıcı veya taşıyan sayılır. Söz konusu hâlde, taşıma işleri komisyoncusu, taşımanın yerine getirilmesinden de sorumlu olduğundan, komisyoncunun taşımaya ilişkin olarak sorumluluğu TTK'nın 928. maddesine göre değil, taşıyıcının tabi olduğu hükümlere göre belirlenir. Bir edimin taşımaya ilişkin olup olmadığı, o edimin, taşımacılık faaliyetinin özünden sayılan bir faaliyet olup olmadığına göre belirlenir. Bu hususta, taşımaya doğrudan bağlantılı olarak yerine getirilmesi gereken tüm faaliyetler taşıma hukukuna tâbi olur. Komisyoncunun, taşıma işini üzerine aldığı bir durumda kendi faaliyeti için isteyeceği ücretin yanı sıra olağan taşıma ücretini de isteme

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

hakkı vardır. Bu çalışmada taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işini üzerine alması ve bunun hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işini üstlenme, taşıyıcı, taşımaya ilişkin faaliyet.

FREIGHT FORWARDER'S UNDERTAKING THE TRANSPORTATION AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

ABSTRACT

The freight forwarder who as a rule undertakes to get the goods transported is regulated by the articles from 917 to 930 of the Turkish Code of Commerce and article 926 of the said Code entitles the freight forwarder the right to undertake the transportation. Freight forwarder's undertaking the transportation brings additional advantages to the shipper as the transportation can be handled faster and with a decreased cost when compared to a transportation undertaken by an ordinary contract carrier. Under normal circumstances the freight forwarder fulfills the obligations for getting the goods transported by getting into a contract with a contract carrier and arranging the transportation to be made by this person. Freight forwarder's fulfillment of this obligation as required also means the completion of the contract by the freight forwarder. As a result of this, as a rule the freight forwarder may not be held liable for the actions of the contract carrier. On the other hand, the freight forwarder who undertakes the transportation would be considered as contract carrier or the transporter in relation with the rights and obligations arising from the transportation. In this situation, as the freight forwarder is responsible for the completion of the transportation his liability shall be determined not according to the article 928 of the Turkish Code of Commerce but according to the provisions on contract carrier. Determination of whether a performance is related to transportation or not shall be made according to whether such performance is an action which is considered as an essence of the transportation activity. In this situation all activities which must be fulfilled in direct relation with transportation would be subject to

transportation law. In relations where the freight forwarder undertakes the transportation he becomes entitled to demand the usual transportation fees in addition to the fee he would be demanding for his own activities. In this study the subject of freight forwarder's undertaking the transportation and its effects and consequences are reviewed.

Key Words: Freight forwarder, undertaking the transportation, contract carrier, activity related to transportation.

GİRİŞ

Eşyasını taşıtmak isteyen kişiler, bu işle bizzat ilgilenmelerine nazaran maliyet ve zaman açısından avantajlı olduğundan veya taşıma işi hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıklarından, taşımanın uygun fiyata ve hızlı biçimde gerçekleştirilmesini temin etmeleri için, taşıma piyasasında uzman başka kişilerle anlaşma yoluna giderler¹. Taşıma işinin organizasyonu için görevlendirilen bu kişilere, taşıma işleri komisyoncusu adı verilir.

6102 sayılı TTK'nın² (Türk Ticaret Kanunu), taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesini tanımlayan 917. maddesine³ uygun olarak taşıma işleri komisyoncusunu⁴, “gönderen⁵ ile yaptığı bir sözleşmeye

¹ *Baumbach, A.; Hopt, K.; Merkt, H.; Handelsgesetzbuch, 34. Auflage, München, 2010, § 453, 1.*

² 6102 sayılı TTK, 14 Şubat 2011 tarihinde kabul edilmiş ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Taşıma işleri komisyoncusu, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun Kıymetli Evrak adlı üçüncü kitabının altıncı faslı olan emtia senetlerinin dördüncü ayırımında (808 ilâ 815. maddeler) düzenlenmişti. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise, taşıma işleri komisyoncusu, ayrı bir kitap hâline getirilen “Taşıma İşleri” adlı dördüncü kitabın altıncı kısmında (917 ilâ 930. maddeler) düzenlenmiş ve söz konusu kısım hazırlanırken 25/06/1998 tarihli Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu (Transportrechtsreformgesetz-TRG) uyarınca değiştirilen Alman Ticaret Kanunu (HGB) mehz alınmıştır.

⁴ Belirtmek gerekir ki, 6102 sayılı TTK Tasarısı'nın ilk hâlinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kullanılan “Taşıma İşleri Komisyoncusu” yerine “Taşıma İşleri Yüklenicisi” ibaresi kullanılmıştır. Ancak, bu ibare, Adalet Komisyonu'nda değiştirilmiş ve “Komisyoncu” terimi geri getirilmiştir. Buna gerekçe olarak da, 6762 sayılı Kanun'da kullanılan komisyoncu teriminin, “başkası hesabına taşıtma” işini daha iyi ifade ettiği gösterilmiştir, 22. Dönem Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Esas No : (1/1138), Karar No: 123, Tarih: 3/5/2007; kanaatimizce,

dayanarak, ücret karşılığında, onun eşyasını taşıtmayı üstlenen kişi” olarak tanımlayabiliriz.

Taşıma işleri komisyoncusu, eşyanın “taşıtılmasını” üstlenir. Bu bakımdan, eşyanın taşıtılması, taşıma işleri komisyoncusunun temel borcunu teşkil eder. Eşyanın taşıtılmasını değil de, taşınmasını üstlenen kişiler, taşıma işleri komisyoncusu sayılmazlar⁶. Ancak, taşıma işleri komisyoncusunun, eşyanın taşınmasını üstlenmesi de mümkündür. Nitekim, bu hâl TTK’nın 926. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Anılan maddeye göre, “taşıma işleri komisyoncusu, eşyanın taşınmasını bizzat üstlenebilir. Bu hakkını kullanırsa, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden taşıyıcı veya taşıyan sayılır⁷. Bu durumda, kendi

6102 sayılı TTK’da, taşıma işleri komisyoncusu yerine “taşıtma işleri organizatörü” ibaresi kullanılmalıydı. Zira, komisyoncunun asıl yükümlülüğünün eşyanın taşıtılması olduğu ve bunun, taşıma işinin örgütlenmesini kapsadığı ifade edilmiştir (TTK.m.918/1). Yani, komisyoncu bir organizatör olarak hareket etmektedir. Ancak, çalışmamızda, yerleşmiş bir kalıp olduğundan, kanunda kullanılan taşıma işleri komisyoncusu ifadesini kullanmayı uygun görüyoruz.

⁵ 6762 sayılı eski TTK’da, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinin diğer tarafını belirtmek üzere “müvekkil” terimi kullanılmıştı. 6102 sayılı TTK’da ise, müvekkil terimi yerine “gönderen” terimi kullanılmıştır. Yeni TTK’da “gönderen” teriminin tercih edilmiş olması yerinde olmamıştır. Zira taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinde, sözleşmenin karşı tarafı, kararlaştırılan eşyayı göndermemektedir; sözleşmeyi, gönderme işini kendisi yerine bir başkasının yerine getirmesi amacıyla akdetmektedir.

⁶ 6762 sayılı eski TTK zamanında, kanunda, komisyoncunun eşyanın taşıtılmasını üstlendiği hüküm altına alınmış olmasına rağmen (bkz.m.808), Yargıtay, taşıma işleri komisyoncusunun taşımayı üstlendiği yönünde kararlar vermektedir, bkz. Yarg. 11. HD, 22.4.1986, E.2390, K. 2398, YKD. 1986/8, s. 1163 vd.

⁷ Belirtmek gerekir ki, TTK’nın, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini üzerine alması hâlinin düzenlendiği 926. maddesinde, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden “taşıyıcı veya taşıyan sayılacağı”, kesin ücretin düzenlendiği 921. maddesi ile toplama yükün düzenlendiği 927. maddesinde ise, taşıyıcının veya taşıyanın hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu” belirtilmiştir. Buna karşın, Mevaz Alman Ticaret Kanunu’nun, taşıma işinin üstlenilmesi, kesin ücret ve toplama yükün düzenlendiği paragraflarında aynı, yani, “taşıyıcının veya taşıyanın hak ve yükümlülüklerine sahip olur” ifadesi kullanılmıştır. TTK’nın gerekçesinde maddeler arasında böyle bir farklılığa ilişkin olarak herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Kanaatimizce, böyle bir ifadenin kullanılmasında 6762 sayılı TTK’nın, komisyoncunun, taşıma işini üstlenmesinin düzenlendiği 814. maddesinin 1. fıkrasının etkisi büyüktür. Ancak, belirtmek gerekir ki, 926. maddede kullanılan bu ifade ile diğer iki maddede (TTK.m.921 ile 927) kullanılan ifade arasında esaslı bir farklılık yoktur.

faaliyeti için isteyeceği ücretin yanı sıra olağan taşıma ücretini de isteyebilir”.

Çalışmamızın amacı, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini üzerine alması hakkında bilgi vermek ve bunun hüküm ve sonuçlarını belirtmek suretiyle, taşıma işini bizzat üstlenen komisyoncunun hukuki durumunu ortaya koymaktır.

I. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma İşini Üzerine Almasının Hukuki Niteliği

Taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işini üstlendiğinde, taşıma sözleşmesini üçüncü bir kişiyle değil, kendi kendisiyle yapmış gibi olur (bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.543). Bir görüşe göre, komisyoncunun, sözleşmeyi üçüncü kişi yerine kendi kendisiyle yapması, değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır⁸. Ancak, bu görüş kabul edildiği takdirde, söz konusu hakkın kullanılması hâlinde, komisyoncu ile gönderen arasındaki ilişki, komisyon sözleşmesinden çıkıp taşıma sözleşmesine dönüşür⁹. Fakat belirtmek gerekir ki, komisyoncu ile gönderen arasındaki temel ilişki olan komisyonculuk sözleşmesinin, komisyoncu tarafından, gönderen hilafına kaldırılamaması ve geçerliliğini koruması gerekir. Nitekim Kanun Koyucu, taşıma işini üzerine alması durumunda komisyoncuyu, sadece, taşımayla ilgili olarak taşıyıcı sayarak, temel ilişki olan komisyonculuk sözleşmesinin geçerliliğini koruma niyetini göstermiştir. Böylelikle, her iki ilişki yan yana bulunduğundan, kanaatimizce, komisyoncunun taşıma işini üzerine

⁸ *Von Tuhr, A.*; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C:1-2, Ankara, 1983, Çev. Cevat Edege, s. 24; BGE 59 II 245, 250; *Oser, H.*; *Schönenberger, W.*; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529, Zürich 1945, Art. 436, 3; bu hakkın, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi (TBK.m.86) anlamında bir seçimlik hak niteliği olduğu hakkında bkz. *Gautschi, G.*; Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragverhältnisse, 6.Teilband, Besondere Auftrags-und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Bern, 1962, Art.436, 2b.

⁹ *Yavuz, C.*; Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, 1983, s. 198.

alması, değiştirici değil, kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmelidir¹⁰.

Diğer yandan, taşıma işinin, taşıma işleri komisyoncusu tarafından bizzat üstlenilmesi, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinin özel bir ifa řeklidir¹¹. Zira komisyoncunun taşıma işini üzerine alması, her ne kadar bir hak olsa da; onun sahip olduğu, ücret, masraf talep etme ve hapis hakkı gibi haklardan farklı olup, eşyanın taşıtılması borcunun yerine getirilmesi bakımındandır.

II. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma İşini Üzerine Alma Hakkını Kullanabilmesinin Şartları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, niteliği gereği bir hak olduğundan ve taşıma işleri komisyoncusunun, gönderenin menfaatlerini gözetme yükümlülüğü,¹² taşıma bakımından değil, sadece, eşyanın taşıtılması bakımından söz konusu¹³ olduğundan, maliyet açısından gönderenin yararına olacağı bir durumda dahi, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini üstlenmesi hususunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kaldı ki, gönderen, taşıma işleri komisyoncusuna bu yönde bir talimat da veremez. Zira; taşıma işleri komisyoncusunun sözleşme ile üstlenmediği bir yükümlülüğün, kendisine talimat ile yüklenilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, taşıma işleri komisyoncusunun sorumluluğunun, kendi isteği dışında, taşıyıcı için öngörölmüş hükümlere göre belirlenerek, ağırlaştırılması mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte, TTK'nın 917. maddesinin 3. fıkrasında yapılan atıf gereğince uygulanması gereken TBK'nın, komisyonculuk sözleşmesine ilişkin hükümlerinden olan 540.

¹⁰ Aynı yönde, Yavuz, s. 200; Seçer, Ö.; Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, İstanbul, 2013, s. 259.

¹¹ Becker, H.; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Bern, 1934, Çev. Suat Dura, Art.436, 3; Gass, W. (Boujong, K.; Ebenroth, C.T.; Joost, D.); Handelsgesetzbuch, Band 2, § 343-475 h, Transportrecht Bank-und Börsenrecht, München, 2001, § 458, 1; Koller, I.; Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, München, 2007, § 458, 1; Seçer, s. 275.

¹²“Taşıma işleri komisyoncusu edimlerini yerine getirirken, gönderenin menfaatlerini gözetmekle ve onun talimatlarına uymakla yükümlüdür” TTK.m.918/4.

¹³ Bydlinski, P.; (Schmidt, K.; Herber, R.; Czerwenka, B. ve diğer yazarlar), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch München, 2009, § 458, 45.

maddesinin 2. fıkrası uyarınca, taşıma işleri komisyoncusunun, gönderene, taşıyıcıyla anlaştığı taşıma ücretinden fazla bir bedel bildirmesi hâlinde; gönderenin, komisyoncuyla, taşıyıcıyla anlaşılan gerçek ücret üzerinden taşıyıcı sayma hakkına sahiptir.

Belirtmek gerekir ki, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini üzerine alma hakkına sahip olması, her zaman bu hakkını kullanabileceği anlamına da gelmemelidir. İlk olarak, söz konusu hakkın kullanımı, sözleşmede yasaklanmış olabilir. Zira, 6762 sayılı eski TTK'nın, taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işini üzerine alması hâlinin düzenlendiği 814. maddesinin 1. fıkrasındaki “aksine mukavele” ibaresi, 6102 sayılı TTK'nın 926. maddesinde yer almıyorsa da; sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, taraflar, sözleşmenin içeriğini istedikleri gibi belirleyebileceklerinden; komisyoncunun, bu hakkını kullanmasının sözleşmeyle yasak edilme olanağı hâlen devam etmektedir. Yani, yeni ve eski kanun arasında bu yönden bir fark yoktur¹⁴. Bununla birlikte, taşıma işleri komisyoncusunun bu hakkının gönderen tarafından talimat yoluyla yasaklanması mümkün değildir¹⁵. Ancak, taşıma işleri komisyoncusu, gönderenin, belirli bir taşıyıcı ile sözleşme yapma yönündeki talimatıyla bağlı olduğundan, böyle bir hâlde taşıma işini üzerine alma hakkını kullanamayacaktır¹⁶. Aynı şekilde, gönderenin menfaatine aykırı olacak ise, bu hakkın kullanılmaması gerekir¹⁷. Örneğin, taşıma işini daha hızlı ve güvenli şekilde gerçekleştirebilecek taşıyıcının bulunduğu bir durumda

¹⁴ Ancak, TTK'nın 926. maddesinin gerekçesinde, “6762 sayılı Kanun'un hükmünde, yüklenicinin (komisyoncunun) taşıma işini üzerine alması, tarafların bu hususu kararlaştırmaları hâlinde mümkündür; buna karşılık Tasarı ile getirilen yeni düzenlemeye göre, yüklenici her hâlde bu hakkı haizdir...” ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere, Gerekçe'de, 6762 sayılı TTK bakımından (aslında öyle olmamasına karşın) komisyoncunun, taşıma işini üzerine alabilmesi için, tarafların bu hususu kararlaştırmış olmalarının gerekli olduğu gibi hatalı bir ifade kullanılmıştır.

¹⁵ *Krien, E.; Andresen, B.; Valder, H.*; Speditions-, Fracht- und Lagerrecht, Berlin, 2000, § 458, 9; Koller, § 458, 8; Bydlinski, Münchener Kommentar, § 458, 10; Becker, Art. 436, 6; Oser/Schönenberger, Art. 436, 10.

¹⁶ Koller, § 458, 8.

¹⁷ *Jungfleisch, H.*; Der Selbsteintritt des Spediteurs, Frankfurt am Main; Bern ; New York; Nancy, 1984, s. 66; *Helm, J.G.*; Speditionsrecht, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin, 1986, §§ 412- 413, 92; Seçer, s. 267.

komisyoncunun, taşıma işini üzerine almaması gerekir¹⁸. Buna karşın, taşıma işini daha ucuza gerçekleştirecek bir taşıyıcının bulunduğu bir durumda dahi, taşıma işleri komisyoncusunun, olağan taşıma ücretini değil, taşıyıcının talep ettiği daha az olan ücreti isteyebileceği kabul edilmeli ve taşıma işini üzerine alma hakkı bundan etkilenmemelidir¹⁹. Zira, böyle bir hâlde, gönderenin menfaatine aykırı bir durum oluşmamaktadır²⁰.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini üzerine aldığı bir durumda, kendi faaliyeti için isteyeceği ücretin yanı sıra olağan taşıma ücretini de isteme hakkı vardır (TTK.m.926). Bu nedenle, acaba, komisyoncunun taşıma işini üzerine alma hakkını kullanabilmesi için, olağan bir taşıma ücretinin bulunması gerekir mi?. İsviçre Hukuku'nda, taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işini üstlenmesi kanunda özel olarak düzenlenmediğinden, bu hukuk sistemi bakımından komisyoncunun söz konusu hakkını kullanabilmesi için, olağan bir taşıma ücretinin varlığı gerekir²¹. Türk Hukuku bakımından ise, bu konuda özel düzenleme bulunduğundan (TTK.m.926), TBK'nın 543. maddesinin uygulanmasına gerek kalmaz. Bu nedenle, olağan bir taşıma ücreti olmasa dahi taşıma işleri komisyoncusu bu hakkını kullanabilmelidir²².

Son olarak belirtmek gerekir ki, taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işini üzerine almasına nazaran *lex specialis* özelliğine sahip olması

¹⁸ *Ruß, W. (Glanegger,P.;Kirnberger,C.;Kusterer, S.;Selder, J.;Stuhlfelner, U.), Heidelberg Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Handelsrecht Bilanzrecht Steuerrecht, Heidelberg, 2007, § 458, 2; Krien/Andresen/Valder, § 458, 8; Bydlinski, Münchener Kommentar, § 458, 13.*

¹⁹ Aksi yönde Helm, §§ 412- 413, 101.

²⁰ Jungfleisch, s. 66; Bydlinski, Münchener Kommentar, § 458, 14; aksi görüş için bkz. Koller, § 458, 4.

²¹ Oser/Schönenberger, Art. 439, 32.

²² Aynı yönde *Arkan, S.; Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, 1982, s. 23; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Gass, § 458, 10; Helm, §§ 412- 413, 90; karşı görüş için bkz. Bydlinski, Münchener Kommentar, § 458, 20; Koller, § 458, 7.

nedeniyle kesin ücret anlaşmasının bulunduğu durumlarda 926. maddenin uygulanması söz konusu olmaz²³.

III. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma İşini Üzerine Alma Hakkını Kullanmasının Şekli

Taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işini üzerine alma hakkını, eşyayı hiçbir açıklama yapmadan taşıyarak mı yoksa yapacağı bir irade beyanıyla mı kullanmalıdır?. Bununla ilgili olarak, eski HGB zamanında burada real bir işlemin olduğu sonucuna varılmaktaydı²⁴. Zira HGB'nin bu hususun düzenlendiği eski 412. paragrafında “*selbst auszuführen*”, yani, taşımanın “bizzat icra edilmesinden” bahsedilmekteydi. 6102 sayılı kanunun 926. maddesinde ise, bu hakkın nasıl kullanılacağı konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Anılan maddede, sadece, “taşıma işleri komisyoncusu, eşyanın taşınmasını bizzat üstlenebilir” ifadesi yer almaktadır. 926. maddenin gerekçesinde, bu hakkın, gönderene bildirimde bulunularak kullanılabileceği ifade edilmiştir²⁵. HGB'nin gerekçesinde de burada bir real işlemin değil, varması gerekli bir irade beyanının söz konusu olduğu ifade edilmiştir²⁶.

Taşıma işleri komisyoncusu, TTK'nın 926. maddesindeki hakkını kullanarak sözleşmeyi değiştirmekte ve taşımanın organizasyonu yanında taşıma işini de üstlenerek, onu genişletmektedir. Çünkü, böyle bir hâlde, taşıma işleri komisyoncusu kendi yükümlülüklerine ek olarak taşımadan doğan hak ve yükümlülüklerle de sahip olmaktadır ki; bu, maddi bir fiil ile değil kural olarak hukuki işlem ile gerçekleştirilebilir²⁷. Bu nedenle, kanaatimizce, komisyoncunun taşıma işini üzerine alması, tek taraflı bir

²³ Koller, § 458, 3; Bydliniski, Münchener Kommentar, § 458, 24; aksi görüş için bkz. Krien/Andresen/Valder, § 458, 30; Gass, § 458, 4.

²⁴ Helm, §§ 412- 413, 76.

²⁵ “...gönderene bu hakkını kullanacağını bildirerek taşıyıcı veya taşıyan sıfatını da iktisap edecektir” TTK'nın 926. maddesine ilişkin gerekçe.

²⁶ Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu'na (TRG) ilişkin 29.08.97 tarihli Federal Hükümet Kanun Tasarısı, Bundestag Drucksache 13/8445, s. 109.

²⁷ Koller, § 458, 9; aynı yönde Krien/Andresen/Valder, § 458, 6.

irade açıklaması niteliğindedir²⁸. Taşıma işleri komisyoncusunun; örneğin, gönderen olarak kendi adını yazdığı bir taşıma senedini gönderene vermesi²⁹ ya da taşıma işinin bir kısmını bizzat kendi taşıma araçlarıyla gerçekleştirmesi gibi³⁰ hâllerde, bu yönde bir irade açıklamasında bulunduğu ve taşıma işini üzerine alma hakkını kullandığı sonucuna varılmalıdır.

Acaba, bu irade açıklamasının, gönderene varması gerekli midir?. Doktrinde bir kısım yazarlar, taşıma işleri komisyoncusunun, normal durumda, sözleşme imzaladığı taşıyıcı hakkında gönderene herhangi bir bilgi verme yükümlülüğü bulunmadığını, bu nedenle, taşıma işini üzerine almasını da gönderene bildirmek zorunda olmadığını ifade etmektedirler³¹. Buna karşılık, KOLLER, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinin ne şekilde yerine getirildiği hakkında gönderene bilgi vermek zorunda olduğunu; bu nedenle, sözleşme kurulurken bu niyetini açıklamamış olan komisyoncunun, taşıma işini üzerine alma kararını, gönderene bildirmek zorunda olduğunu belirtmektedir³². ARKAN ise, komisyoncunun, taşıma işini kendisi tarafından yerine getirileceğini gönderene bildirmesi gerektiğini³³; ancak, böyle açık bir irade beyanında bulunmasa dahi TBK'nın 544. maddesi uyarınca, sözleşmenin diğer tarafını göstermeksizin vekâletin yerine getirildiğini gönderene bildiren komisyoncunun, taşıyıcı sayılacağını ifade

²⁸ Yavuz, s. 200, 201; Seçer, s. 268; Gass, § 458, 17; Krien/Andresen/Valder, § 458, 6; aksi yönde Jungfleisch, s. 29; Becker, Art. 436, 7.

²⁹ Nitekim, bu durum, 6762 sayılı TTK'nın 814. maddesinin 2. fıkrasında özel olarak belirtilmişti.

³⁰ OLG München'in 27.7.1990 tarih ve 23 U 6160/89 sayılı kararı, TranspR 1991, s. 23, 24; OLG Hamburg'un 23.6.1983 ve 6 U 235/82 sayılı kararı, TranspR 1984, s. 178, 179; Arkan, Sorumluluk, s. 23.

³¹ Krien/Andresen/Valder, § 458, 10; Helm, §§ 412- 413, 77; Bydlinski, Münchener Kommentar, § 458, 41.

³² Koller, § 458, 9; aynı yönde JOACHIM, Willi; ve diğer yazarlar, Heymann-Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Cilt 4, §§ 343-475h, 2005, § 458, 5; Gautschi, Art. 437, 1b; Becker, Art. 436, 7.

³³ Alım satım komisyoncusu bakımından aynı yönde, Seçer, s. 268.

etmektedir³⁴. Kanaatimizce, bilgi verme yükümlülüğünün gereği olarak taşıma işleri komisyoncusu, taşıma sözleşmesinin yapıldığını gönderene derhal bildirmekle yükümlü³⁵ olmakla birlikte, aksi kararlaştırılmadıkça, taşımayı bizzat yerine getirebilme hakkına sahip olduğundan, ne taşıyıcının kimliğine ne de taşımayı bizzat gerçekleştirdiğine ilişkin bir bilgiyi kendisine vermekle yükümlüdür. Çünkü, buna benzer bilgiler taşıma işleri komisyonculuğunda herhangi bir fonksiyonu ve önemi haiz değildir³⁶.

Taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işini üzerine aldığı iddia eden gönderenin bunu ispat etmesi gerekir.

IV. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma İşini Üzerine Alma Hakkını Kullanmasının Zaman Bakımından Sınırı

Taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işini üstlenme hakkını, taşımanın tamamlanmasına kadar kullanabilir³⁷. Buna göre, taşıma işinin, sadece, bir kısmı gerçekleşmişse, kalan kısım üzerinde bu hak kullanılabilir. Bir başka ifadeyle, taşıma işinin, komisyoncu tarafından kısmi olarak üstlenilmesi ve gerçekleştirilmesi mümkündür³⁸. Böyle bir hâlde, komisyoncu, eşyanın taşınmasını belli bir yere kadar kendisi gerçekleştirip, kalan kısım için başka bir taşıyıcı ile (taşıma işleri komisyoncusu sıfatıyla) taşıma sözleşmesi akdedecektir. Taşıma işleri komisyoncusunun, eşyanın taşınması hususunda daha önce bir taşıyıcı ile sözleşme imzalamış olsa dahi taşıma işini üzerine alma hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir³⁹. Ancak, bunun mümkün olabilmesi

³⁴ Arkan, S.; “Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçlarını ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler”, AÜHFĐ, Yıl 1980, C. 37, S. 1-4, s. 313, dñn.1; Arkan, S.; Ticarî İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2011, s. 234, dñn.2.

³⁵ Arkan, Borçlar ve Sorumluluk, s. 315.

³⁶ Helm, §§ 407-409, 122.

³⁷ Ruß, § 458, 2; Gass, § 458, 11; Koller, § 458, 8; Krien/Andresen/Valder, § 458, 11.

³⁸ Bydliński, Münchener Kommentar, § 458, 17; Gass, § 458, 19; Koller, § 458, 6; Krien/Andresen/Valder, § 458, 20.

³⁹ Koller, § 458, 8; Bydliński, Münchener Kommentar, § 458, 16; aksi yönde Oser/Schönenberger, Art. 436, 8; Gautschi, Art.436, 2c; Becker, Art.436, 8; bu görüşün, komisyoncunun işlemi kendisiyle yapmış sayılma karinesini öngören TBK.m.544 hükmüne de uygun olduğu yönünde *Montanaro, G.*; Die Haftung des Spediteurs für

için, kanaatimizce, komisyoncunun başka bir taşıyıcı ile taşıma sözleşmesi akdettiğini gönderene bildirmemiş olması gerekir.

V. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma İşini Üzerine Alma Hakkını Kullanmasının Sonuçları

A. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Komisyonculuk Sözleşmesinden Doğan Hak ve Yükümlülüklerine Sahip Olmaya Devam Etmesi

Taşıma işleri komisyoncusunun taşımayı üzerine alması hâli, 6762 sayılı TTK'da da düzenlenmişti. Bu düzenlemenin kaynağı HGB'nin eski 412. paragrafıydı. Hem TTK hem de HGB'nin eski hâlinde, taşımayı üzerine alması durumunda komisyoncu taşıyıcı sayılıyor ve tamamen taşıma hukukuna tâbi oluyordu (TTK.m.814/2)⁴⁰. Ancak, bu durum, komisyoncunun, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğuruyordu. 6102 sayılı TTK'da ise, taşıma işini üzerine alan komisyoncunun sadece, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler bakımından taşıyıcı veya taşıyan sayılacağı hüküm altına alındığından, taşıma işleri komisyonculuğu için TTK'da öngörölmüş hükümler de komisyonculuktan sayılan faaliyetler bakımından uygulanabilecektir.

B. Komisyoncunun Taşımadan Doğan Haklar ve Yükümlülükler Bakımından Taşıyıcı veya Taşıyan Sayılması

Az önce de belirttiğimiz üzere, taşıma işini üzerine alan komisyoncu 6762 sayılı TTK'da taşıyıcı sayılıyordu (TTK.m.814/1). 6102 sayılı TTK'da ise, taşıma işini üzerine alan komisyoncu, sadece, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler bakımından taşıyıcı ve taşıyan

Schäden an Gütern, Unter besonderer Berücksichtigung des Lufttransportes und der Allgemeinen Bedingungen des Schweizerischen Spediteurverbandes (AB SSV), Zürich, 2001, s. 110-111.

⁴⁰ İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde *Oser, H.; Schönenberger, W.*; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529, Zürich 1945, Art. 439, 33; Becker, Art.439, 4.

sayılmaktadır. Bu hâliyle hüküm, esasen karma sözleşmeler için geçerli bir ilkeyi belirtmektedir⁴¹.

TTK'nın 926. maddesinde, taşıyıcı ve taşıyan terimleri kullanıldığı için, diğer taşıma türlerinde; örneğin, havayolu taşımasında komisyoncunun taşıma işini üzerine alması hâlinde, bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelebilir. ⁴². Bu hususla ilgili olarak, TTK'nın gerekçesinde herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Buna karşılık, Mehaz 25 Haziran 1998 tarihli Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu Gerekçesi'nde, "taşıyıcı" ve "taşıyan" terimleri kullanılarak, taşıma işleri komisyonculuğuna ilişkin hükümlerin, kanunun, sadece, ilk kısmı için değil, tüm taşıma işleri, bu arada deniz yoluyla eşya taşımaları bakımından da geçerli olduklarının açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işini, diğer taşıma türleri ile de gerçekleştirebilme hakkına; dolayısıyla da söz konusu hüküm, diğer taşıma türleri bakımından da uygulanma kabiliyetine sahiptir. Buna göre, taşımanın gerçekleştirildiği taşıt türüne göre, taşıma işleri komisyoncusunun tâbi olduğu kurallar da değişecektir. Bu hususta, karayoluna ilişkin hükümlerin yanı sıra deniz taşımalarına ilişkin hükümler veya CMR hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir. Taşıma işleri komisyoncusunun, taşımayı farklı taşıma aracı türleri ile gerçekleştirdiği hâlde ise, TTK'nın "Değişik Tür Araçlar ile Taşıma"yı düzenlediği 902. vd maddeleri uygulanmalıdır⁴³.

Taşıma işini üzerine alan taşıma işleri komisyoncusunun, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler bakımından taşıyıcı ve taşıyan sayılmasını öngören hüküm emredicidir (bkz.TTK.m.854).

Her iki ilişkinin bir arada bulunması sonucunda, uygulanması gerekli hükümler de değişeceğinden, hangi yükümlülüklerin komisyonculuk faaliyeti kapsamında, hangilerinin taşıyıcılık faaliyeti kapsamında üstlenildiğinin tespit edilmesi gerekliliği doğar. Gerçi,

⁴¹ Koller, § 458, 1.

⁴² Bydlinski, Münchener Kommentar, § 458, 7; Koller, § 458, 6.

⁴³ Aynı yönde Koller, § 458, 22; Krien/Andresen/Valder, § 458, 26.

hukukumuz bakımından ülke içi taşımalarda taşıma işleri komisyoncusunun sorumluluğu taşıyıcıya benzer düzenlendiğinden,⁴⁴ bu husus önemli olmayabilir; fakat sınır ötesi taşımalarda uygulanacak hükümler değişeceğinden konu önem arz eder. Bu hususta ayırım noktası; gönderene, taşıma sözleşmesinin bir taşıyıcıyla yapılmış olması hâlindeki pozisyonunu, taşıma işinin bizzat üstlenilmesi hâlinde de sağlamak olmalıdır⁴⁵. Zira, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma sözleşmesini üçüncü bir kişi ile yapması hâlindeki hukuki durumun, taşımayı bizzat gerçekleştirmesinden farklı olmaması gerekir⁴⁶. Bu nedenle, komisyoncu; örneğin, eşyanın yüklenmesi görevini de üstlenmişse, taşıma işini üzerine alma hakkını kullanması hâlinde de bu, komisyonculuk faaliyeti kapsamında yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak kalmaya devam edecektir. Çünkü söz konusu yükümlülük, taşıyıcı tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülükler arasında sayılmamıştır. Zira yükleme ile ambalajlama, işaretleme ve boşaltma gibi yükümlülükler TTK'nın 862. ve 863 maddelerine göre, gönderenin üzerindedir. Özetle, komisyonculuk sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde taşıma işleri komisyonculuğuna ilişkin hükümler uygulanır. Taşımayla doğrudan bağlantılı olarak yerine getirilmesi gereken tüm faaliyetler ise, taşımanın gerçekleştirildiği türe ilişkin hükümlere tâbidir.

Taşıma işini bizzat üstlenen ve bunu, sözleşmede belirlenen taşıma türünden farklı bir tür ile; örneğin, sözleşmede taşımanın karayoluyla yapılması kararlaştırılmış olmasına rağmen taşımayı, havayoluyla gerçekleştirmiş olan taşıma işleri komisyoncusunun, bu şekildeki, sözleşmeye aykırı davranışı dolayısıyla sorumluluğu hangi hükümlere tâbi olacaktır?. Bir kısım yazarlar, böyle bir durumda, taşıma işleri

⁴⁴ “Taşıma işleri komisyoncusu, zilyetliğinde bulunan eşyanın zayıandan ve hasarından sorumludur. 876 ilâ 878 inci, 880 ve 881 inci maddeler ile, 882 nci maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkraları ve 883 üncü, 885 ilâ 887 nci maddeler kıyas yoluyla uygulanır”, TTK.m.928/1.

⁴⁵ Krien/Andresen/Valder, § 458, 16; aynı yönde bkz. Koller, § 458, 10.

⁴⁶ Yavuz, s. 198; Koller, § 458, 10.

komisyoncusunun, taşıma türünü taşıyıcı sıfatıyla belirlediğini bu nedenle, sorumluluğunun taşıyıcının tabi olduğu hükümlere göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁷. Diğer bazı yazarlar ise, kanaatimizce de haklı olarak, sorumluluğun, TTK'nın komisyonculuk hükümlerine göre belirlenmesi ve 928. maddenin 2. fıkrasının uygulanması gerektiğini; zira, taşıma işini üstlenen taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma türünü, zaman olarak taşıyıcının belirlenmesinden önce, organizasyon aşamasında belirlediğini ifade etmektedirler⁴⁸. Buna karşılık, söz konusu hâlde, taşımanın gerçekleştirildiği sırada meydana gelen zararlar bakımından ise, taşıma işleri komisyoncusunun sorumluluğu, taşımanın fiilen gerçekleştirildiği türün tâbi olduğu hükümlere göre belirlenir⁴⁹.

Taşıma işini, taşımanın bir kısmı için üstlendiği durumda acaba, taşıma işleri komisyoncusu hangi hukuki rejime tâbi olacaktır? Eski HGB zamanında (Taşıma Hukukuna İlişkin Reform Kanunu'ndan önce) Alman Federal Yüksek Mahkeme'si (BGH), bu sorunu toplu bakış (Gesamtbetrachtung) yaklaşımı ile çözüme yoluna gitmiştir⁵⁰. Buna göre, böyle bir durumda, taşımanın tümü için tek bir türe ilişkin taşıma hukuku kuralları bağlayıcı olmaktaydı. Bu nedenle, taşıma işini üzerine aldığı kısım bakımından taşıma işleri komisyoncusu, üzerine almadığı kısma uygulanacak hukuka tâbi olabilmekteydi. Bu içtihatlardan bir kısmı, görüşlerini; toplu bakış yaklaşımının, gönderene, komisyoncunun hangi sorumluluk rejimine tâbi olacağı bilgisini önceden verebilmesine dayandırmışlardır⁵¹. Diğer bir kısmı ise, taşımanın en uzun olarak gerçekleştiği, bir başka ifadeyle taşımanın ağırlığını oluşturan kısma uygulanması gereken hukukun, tüm taşıma bakımından da geçerli olması gerektiği fikrine dayandırmışlardır⁵². Görüldüğü üzere, komisyoncunun

⁴⁷ Koller, § 458, 12.

⁴⁸ Gass, § 458, 29; Ruß, § 458, 4; Bydliniski, Münchener Kommentar, § 458, 68.

⁴⁹ Bydliniski, Münchener Kommentar, § 458, 69.

⁵⁰ BGH'nin 03.03.1972 tarih ve I ZR 55/70 sayılı kararı, NJW 1972, s. 866 vd.

⁵¹ BGH'nin 13.10.1983 tarih ve I ZR 157/81 sayılı kararı, VersR 1984, s. 680; OLG Köln'ün 15.11.1982 tarih ve 7 U 169/81 sayılı kararı, VersR 1983, s. 486 vd.

⁵² BGH'nin 14.6.1982 tarih ve II ZR 231/81 sayılı kararı, NJW 1982, 1943; OLG Düsseldorf'un 13.7.1978 tarih ve 18 U 176/76 sayılı kararı, VersR 1978, 1016.

sorumluluğunu tüm taşıma için uygulanacak hukuka göre belirlediklerinden, bu kararlar, taşıma işleri komisyoncusunun kendi kısmında çıkan bir zararda daha ağır bir sorumluluk rejimine tâbi olması gerekirken, sorumluluğunun hafiflemesine yol açarak, gönderenin haklarını kötüleştirme tehlikesine sahiptiler⁵³.

Federal Mahkeme, eski HGB'ye ilişkin daha yeni kararlarında ise, zararın gerçekleştiği kısma uygulanması gerekli hukuku uygulayarak toplu bakış içtihadından ayrılmıştır⁵⁴. Buna göre, zarar, taşıma işleri komisyoncusunun taşımayı üzerine aldığı kısımda ortaya çıkmışsa, komisyoncu, o kısım için geçerli taşıma hukuku hükümlerine göre sorumlu olmalıydı. Zararın, hangi kısımda ortaya çıktığı bilinmiyorsa ve gönderen, zararın, komisyoncunun taşıma işini üzerine aldığı kısımda çıktığını iddia ediyorsa, bu durumda taşıma işleri komisyoncusu zararın kendi kısmında ortaya çıkmadığını ispat etmeliydi. Bu görüş, taşıma işini üzerine alan komisyoncunun taşıyıcı sayıldığı 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, taşıma işleri komisyoncusunun, sadece, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden taşıyıcı veya taşıyan sayıldığı mehz HGB'nin 458. paragrafında ve 6102 sayılı TTK'da vücut bulmuştur. Dolayısıyla, taşıma işini, taşımanın bir kısmı için üstlenen taşıma işleri komisyoncusuna, o kısım için taşıyıcıya uygulanması gereken taşıma hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Ancak, zararın bildiri ve zamanaşımı bakımından taşımanın gerçekleştirildiği kısma uygulanacak hukuk değil, sırasıyla TTK.m.904/1 ve 904/2 uygulanmalıdır⁵⁵. Zira, zararın bildiri bakımından, gönderenin, zarar muayenesini her kısmın sonunda yapabilmesi mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, zamanaşımı bakımından da taşıma işleri komisyoncusunun taşımayı üstlendiği kısmın ne zaman sona erdiğinin tespiti güçlük arz eder.

⁵³ Helm, §§ 412- 413, 57; Koller, § 458, 15.

⁵⁴ BGH'nin 24.06.1987 tarih ve I ZR 127/85 sayılı kararı, NJW 1988, 640.

⁵⁵ Koller, § 458, 19-20.

C. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma Ücretini İsteyebilmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, komisyoncunun taşıma işini üzerine aldığı bir durumda gönderen ile arasında komisyonculuk ilişkisi yanında taşıma ilişkisi de doğduğundan, kendi faaliyeti için isteyeceği ücretin yanı sıra olağan taşıma ücretini de isteme hakkı vardır (TTK.m.926). Olağan taşıma ücreti, komisyoncunun taşımayı gerçekleştirdiği taşıt türüne uygulanacak hükümlere göre belirlenir. Bu hâlde taşıma işleri komisyoncusu, ücretin ödenmesini hem gönderenden hem de TTK'nın 871. maddesindeki şartlar dairesinde gönderilenden isteyebilir. Komisyoncunun taşıma işi için isteyebileceği ücret, fiilen bu iş için harcadığı miktar değil, piyasadaki olağan taşıma ücretidir. Taşıma işleri komisyoncusunun, olağan ücret yanında, aynı durumda bir taşıyıcının TTK'nın 870. maddesi kapsamında talep edebileceği ölçüde, masrafinin tazminini de isteme hakkı vardır⁵⁶.

Eşyanın taşınmasını bizzat üstlenmesi hâlinde, komisyoncunun taşıma işi dolayısıyla isteyebileceği taşıma ücreti, eşyanın gönderilene teslim edilmesiyle muaccel olur (TTK.m.870/1).

Taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi uyarınca isteyebileceği komisyonculuk ücreti ise, şayet, eşya daha önce zilyetliğine geçmişse, komisyoncunun taşımayı bizzat gerçekleştireceğini açıkladığı anda; eşya henüz zilyetliğinde değilse, zilyetliğine geçtiği anda muaccel olur⁵⁷. Bu hâlde, taşıma işleri komisyoncusunun taşımaya başlayıp başlamamasının muacceliyet üzerinde bir etkisi yoktur⁵⁸.

⁵⁶ BT-Drucksache 13/8445, s. 110.

⁵⁷ Ruß, § 458, 5.

⁵⁸ Aksi görüş için bkz. Bydlinski, Münchener Kommentar, § 456, 16, yazar, böyle bir durumda, ücretin taşımının başlaması ile muaccel hâle geleceğini belirtmektedir.

VI. Taşıma İşleri Komisyoncusunun Taşıma İşini Üzerine Alma Hakkı Bakımından Gerçek Olan ve Gerçek Olmayan Üstlenme Ayrımı

Taşıma işinin bizzat üstlenilmesi bakımından gerçek olan (*echten Selbseintritt*) ve gerçek olmayan üstlenme (*unechten Selbseintritt*) ayrımının da incelenmesi gerekir. Gerçek olan üstlenmede, taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işini bizzat kendi aracı ile gerçekleştirir⁵⁹. Gerçek olmayan üstlenmede ise, komisyoncu, taşıma işini başka bir taşıyıcıya gördürür.

TTK'nın, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinin düzenlendiği kısmında, gerçek olmayan üstlenmenin geçerliliği hakkında herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Alman⁶⁰ ve İsviçre⁶¹ doktrininde, gerçek olmayan üstlenmenin de geçerli olduğu, komisyoncunun, eşyanın taşınmasını bizzat üzerine aldığı durumda, taşımayı kendi yerine geçen alt taşıyıcıya yaptırabileceği ifade edilmektedir. Ancak, komisyoncunun, taşıma işini üzerine alma iradesine sahip olduğu anda, taşımayı olağan ücretin altında gerçekleştirmeye hazır bir taşıyıcının varlığından haberdar olması ve fiili taşımayı da bu taşıyıcıya gördürmesi hâlinde, kazancını aradaki ücret farkı kadar arttırmayı amaçladığı ve bu nedenle, gönderenin zararına hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶². Bu son hâlde, gönderenin, taşıma işi için sorumlu olduğu ücret, olağan ücret miktarı değil, komisyoncunun alt taşıyıcıya ödediği gerçek taşıma ücreti miktarı kadar olmalıdır. Zira, gönderen, komisyoncunun taşımayı bizzat üstlenmesi nedeniyle, taşıma işinin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesinden daha elverişsiz bir duruma sokulmamalıdır⁶³. Buna karşılık, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini bizzat gerçekleştireceğini açıkladıktan sonra, bu işi olağan ücretten daha uygun

⁵⁹ Krien/Andresen/Valder, § 458, 12.

⁶⁰ Helm, §§ 412- 413, 81, Gass, § 458, 14; Koller, § 458, 5; Jungfleisch, s. 33; aksi yönde Bydlinski, Münchener Kommentar, § 458, 42.

⁶¹ Oser/Schönenberger, Art. 436, 2; Gautschi, Art.436, 3a.

⁶² Fremuth; F.; Thume, K.-H.; Kommentar zum Transportrecht, Paragraphen 407- 475 h HGB, WA und ADSp., Heidelberg, 2000, § 458, 7; Krien/Andresen/Valder, § 458, 8.

⁶³ Becker, Art. 436, 12.

bir ücrete gerçekleştirebilecek bir alt taşıyıcı bulunduğu durumda ise, gönderenden, bu iş için talep edeceği ücret olağan taşıma ücreti miktarı olmalıdır⁶⁴.

Hukukumuz bakımından ise, 6762 sayılı TTK'nın, komisyoncusunun taşıma işini üzerine alması durumunun düzenlendiği 814. maddesinde gerçek olan ve olmayan üstlenme ayrımı yapılmıştı. Bu maddede, komisyoncusunun eşyayı kendi vasıta ve adamları ile taşıyabileceği gibi, kendi yerine geçen taşıyıcılara da taşıtabileceği öngörülmüştü. Ancak, taşıma işleri komisyoncusunun, eşyayı kendi yerine geçen taşıyıcılara taşıtabileceği ifadesi, 6102 sayılı TTK'ya alınmamıştır. Aksine, 6102 sayılı TTK'nın 926. maddesinde, taşıma işleri komisyoncusunun eşyanın taşınmasını “bizzat” üstlenebilmesi ve bu hakkını “kullanmasından” bahsedilmiştir. Bu nedenle, komisyoncusunun, taşıma işini mutlaka kendi vasıta ve adamları ile gerçekleştirmesi gerektiği; yani, gerçek olmayan üstlenmenin geçerli olmadığı ve bu hâlde komisyoncusunun taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden taşıyıcı veya taşıyan sayılamayacağı söylenebilir⁶⁵. Ancak, TTK'nın 926. maddesinde “üstlenme” terimi kullanıldığından, taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini mutlaka kendi vasıta ve adamları ile gerçekleştirmesinin gerekmediği kanaatindeyiz⁶⁶.

⁶⁴ Ruß, § 458, 5.

⁶⁵ Bock, C.; Die Haftung des Spediteurs bei Straßegütertransporten, Baden-Baden 2005, s. 93-94.

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, KTK (Karayolu Taşıma Kanunu)'na göre, taşıma işleri komisyonculuğu yapılabilmesi için yetki belgesi alınması zorunludur (m.5). Aynı kanunun 10. maddesinde ise, taşıma işleri komisyonculuğu yetki belgesine sahip olanların taşıyıcı yetki belgesi almadan kendi nam ve hesaplarına taşıma yapamayacakları ve yaptırılmayacakları hüküm altına alınmıştır (1. fıkra). Ayrıca, taşıma işleri komisyoncularının, kendi namlarına eşya taşıtabilmeleri için bu taşımaları bir gönderen hesabına yapmalarının zorunlu olduğu belirtilmiştir (2. fıkra). Bu maddeye aykırı davranan taşıma işleri komisyoncularının ikibin Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılacağı da hükme bağlanmıştır (KTK.m.26/e). Görüldüğü üzere, taşıyıcı yetki belgesi olmayan bir taşıma işleri komisyoncusu, taşımayı, sadece, kendi adına ve gönderen hesabına yaptırabilecektir. Kendi ad ve hesabına taşıma yapmak veya yaptırmak isteyen bir taşıma işleri komisyoncusunun taşımacı yetki belgesine sahip olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, taşımayı kendi namına başkası hesabına yaptıran taşıma işleri komisyoncusunun,

SONUÇ

Kural olarak, taşıyıcının fiillerinden sorumlu olmayan taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini bizzat yerine getirmeyi üstlenmesi hâlinde, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden taşıyıcı veya taşıyan sayılması; bir başka deyişle, taşıyıcı gibi sorumlu tutulması son derece yerindedir. Zira aksi bir düzenleme, gönderenin menfaatlerine aykırılık teşkil ederdi. Çünkü söz konusu hâlde, taşıma işleri komisyoncusu gönderen değil, kendi hesabına hareket etmektedir.

Taşıma işini üzerine alan taşıma işleri komisyoncusu, taşımanın yerine getirilmesinden de sorumlu olur ve eşyanın taşınması sırasındaki sorumluluğu, TTK'nın 928. maddesine göre değil, taşıyıcı için öngörülmüş hükümlere göre belirlenir. Bir edimin taşımaya ilişkin olup olmadığı, onun, taşımacılık faaliyetinin özünden sayılan bir faaliyet olup olmadığına göre belirlenmelidir. Bu bakımdan taşımayla doğrudan bağlantılı olarak yerine getirilmesi gereken tüm faaliyetler, taşıma hukukuna tâbi olurlar. Taşıma işleri komisyonculuğundan sayılan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde ise, TTK'nın taşıma işleri komisyoncusuna ilişkin hükümleri uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih;** Ticarî İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2011 (Kısaltma: Ticarî İşletme)
- Arkan, Sabih;** Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1982 (Kısaltma: Sorumluluk)
- Arkan, Sabih;** “Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçlarını ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler”, AÜHFD, Yıl 1980, C. 37, S. 1-4 (Kısaltma: Borçlar ve Sorumluluk)

taşımacı yetki belgesi alması gerekmezken; bu işi kendi ad ve hesabına yapması veya yaptırması hâlinde bu belgeyi de haiz olması şarttır. Bu hüküm, taşıma işleri komisyoncusunun, taşımayı bizzat gerçekleştirmesi bakımından kabul edilebilirse de, taşımayı üstlenen komisyoncunun taşımayı başka bir kişiye gördürmesini (gerçek olmayan üstlenme) engeller niteliktedir.

- Baumbach, Adolf; Hopt, Klaus; Merkt, Hanno;** Handelsgesetzbuch, 34. Auflage, München, 2010
- Becker, Herman;** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Bern, 1934, Çev. Suat Dura
- Bock, Christian;** Die Haftung des Spediteurs bei Straßegütertransporten, Baden-Baden 2005
- Bydlinski, Peter;** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Schmidt, Karsten; Herber, Rolf; Czerwenka, Beate v.d.), München, 2009
- Fremuth; Fritz; Thume, Karl-Heinz;** Kommentar zum Transportrecht, Paragraphen 407- 475 h HGB, WA und ADSp., Heidelberg, 2000
- Gass, Wolfram (Boujong, K; Ebenroth, C.T.; Joost, D.);** Handelsgesetzbuch, Band 2, § 343-475 h, Transportrecht Bank-und Börsenrecht, München, 2001
- Gautschi, Georg;** Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags-und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Bern, 1962
- Joachim, Willi;** v.d., Heymann- Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Cilt 4, §§ 343-475h, 2005
- Jungfleisch, Horst;** Der Selbsteintritt des Spediteurs, Frankfurt am Main; Bern; New York ; Nancy, 1984
- Helm, Johann Georg;** Speditionsrecht, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin, 1986
- Koller, Ingo;** Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, München, 2007

- Krien, Erich; Andresen, Bernd; Valder, Hubert;** Speditions-, Fracht- und Lagerrecht, Berlin, 2000
- Montanaro, Giovanna;** Die Haftung des Spediteurs für Schäden an Gütern, Unter besonderer Berücksichtigung des Lufttransportes und der Allgemeinen Bedingungen des Schweizerischen Spediteurverbandes (AB SSV), Zürich, 2001
- Oser, Hugo; Schönenberger, W.;** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529, Zürich 1945
- Ruß, Werner (Glanegger, P.; Kirnberger, C.; Kusterer, S.; Selder, J.; Stuhlfelner, U.);** Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Handelsrecht Bilanzrecht Steuerrecht, Heidelberg, 2007
- Seçer, Öz;** Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, İstanbul, 2013
- Yavuz, Cevdet;** Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, 1983
- Von Tuhr, Andreas;** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C:1-2, Ankara, 1983, Çev. Cevat Edege

KISALTMALAR

- Art. : Artikel
- Aufl. : Auflage
- BeckRS : Beck-Rechtsprechung
- BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
- BGH : Bundesgerichtshof (Alman Federal Temyiz Mahkemesi)
- Bkz. : Bakınız
- BR : Bundesrat (Almanya Federal Konseyi)

BT	: Bundestag (Almanya Federal Meclisi)
C	: Cilt
CMR	: Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon
dpn	: Dipnot
E	: Esas
EBK	: Eski Borçlar Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
K	: Karar
KTK	: Karayolu Taşıma Kanunu
LG	: Landgericht (Alman İlk Derece Mahkemesi)
m	: Madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OLG	: Oberlandesgericht (Alman İstinaf Mahkemesi)
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TranspR	: Transportrecht
TRG	: Transportrechtsreformgesetz - (Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu)
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
VersR	: Versicherungsrecht
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

NEFRET SÖYLEMİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NERESİNDE?

Elif Çelik*

Özet

Bu yazı tartışmalı bir kavram olan nefret söylemini bir insan hakkı olan ifade özgürlüğü ile ilişkisi bakımından ele almayı ve bu bakımdan kavramın tanım, içerik ve uygulama alanını aramayı amaç edinmektedir. Bu anlamda kavramın; hangi ifade ve eylemleri tasvir etmek adına kullanıldığı, ifade özgürlüğü ile olan ilişkisinde nerede konumlandırıldığı ve bu konumlandırmanın neyi esas alarak gerçekleştirdiği konu edilecektir. Nefret söylemini açıklığa kavuşturmanın, kavramın konu edildiği alan ve kişileri korumak kadar ifade özgürlüğünün gerekçesiz ihlallerinin önüne geçilmesi bakımından da önemli olduğu düşünüldüğünden yazı; kritik bir pozisyonda kalmaya çabalarken, kavrama ilişkin uluslararası insan hakları belgeleri ve yerel hukuki düzenlemeleri ele alacaktır. Son olarak gerek tanımsal, gerekse hukuksal olarak yerleşik kesin bir çerçeveden yoksun olan kavram AİHM'si içtihatları dâhilinde irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, insan hakkı, nefret söylemi, ayrımcılık

* İnönü Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı Öğ. Gör. , Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Bölümü Doktor Adayı

** Bu yazının içeriğinin iyileşmesine, değerli eleştiri ve tavsiyeleriyle katkıda bulunan hakeme teşekkür ederim.

WHERE IN FREEDOM OF EXPRESSION IS HATE SPEECH?

Abstract

This paper aims to undertake hate speech - a conceptually debatable concept - to its relation to freedom of expression and accordingly search for the definition, content and interpretations of the concept. In this regard; the reference to the concept to define certain expression and actions, the position of the concept in relation to freedom of speech and what constitutes this position will be point at issue. Because it is considered to be important to define the concept in order to avoid unjustified limitations to freedom of speech along with protecting the individuals and areas that are subjected to hate speech; the paper will examine international and national human rights documents while trying to hold a critical position. Finally, the concept which lacks certain conceptual and legal frame, will be examined through the interpretations of ECHR case law.

Keywords: Freedom of expression, human right, hates speech, discrimination

I. Giriş

Nefret söylemi hukuk terminolojisinde yeni sayılabilecek bir kavramdır. Bununla beraber neyin nefret söylemi kapsamına alınacağı ve nefret söylemine konu olan ifadenin ne noktada ceza konusu olacağı, halen kesinlik kazanmış değildir. İfade özgürlüğünün; bilimsel, eleştirel, sanatsal, politik, kişisel ve daha başka geniş alanları kapsadığı düşünülecek olduğunda bu belirsizliğin nedeni de anlaşılabilir. Öte yandan kavramla çatışma halinde olduğu düşünülen alan olan ifade özgürlüğü, geçmişten bu yana tam anlamıyla mutlak bir hak olarak ele alınmamış, bilhassa; inanç özgürlüğü, mahremiyet, eşitlik ve ayrımcılık yasakları ile dengelenmesi gereken bir özgürlük olarak hayat bulmuştur¹. İfade özgürlüğünden kendi başına var olan bir değer olarak

¹ Anne Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, Avrupa Konseyi Yayınları 2009, s.8

bahsedilemeyeceğini ve bunun olsa olsa “politik bir ikramiye”² olabileceğini dile getirirken bir düşünür, tarihin hemen her döneminde ifade özgürlüğünün siyasi olanla sınırlı olduğuna işaret etmek istemiştir. İfade özgürlüğü, tüm düşünce ve ifadeleri kapsayan bir alan olarak düşünüldüğünde “nefret söylemi” olarak değerlendirilecek ifadelerin bu alanın ne noktada dışında kalacağı ve bu konumlandırmanın yapılmasında hangi toplumsal kaygıların güdüleceği, zaman ve mekânsal olarak değişik yorumlamalara bağlı kalmaktadır. Yine, çatışma altında kalan hak ve değerlerin dengesinin sağlanmasında ve öncelik sıralarının belirlenmesinde farklı dönemlerde, farklı egemenlerin, farklı hassasiyetlerinin rol oynadığı da bir gerçekliktir.

Diğer yandan nefret olgusunu irdelemek, bu yazının amacı ve kapsamı dışında olmakla birlikte, nefret olarak adlandırılabilir ifadelerin salt yıkıcı argümanlar olarak ele alınamayacak kadar çok yönlü olduğunu hatırlamakta da fayda vardır. Siyasal gelişime yön vermiş kimi ifadeler, geçmişte içinde buldukları toplumsal iktidarlar tarafından, iktidarlarına yönelik nefreti körüklediği gerekçesiyle ceza konusu edilebilmiştir; bugün konu edindiğimiz insan hakları devrimlerinden bağımsız düşünülemez bir isim olan Thomas Paine’in “*Rights of Man*” eserinin bunlardan biri olduğunu düşünecek olduğumuzda neyi ne gerekçe ile nefret ifadesi olarak ele alacağımız konusu bilhassa önem kazanır³. Bu bakımdan ifade özgürlüğünden söz ederken, Orwell’in: “özgürlük şayet herhangi bir şeyse; insanlara duymak istemediklerini söylemektir” tespiti göz ardı edilemeyecek kadar anlamlıdır.

Bu nedenle eleştirel düşünce ve nefret söylemi arasındaki farkın egemenler tarafından kolaylıkla görmezden gelinebileceğini unutmamak gerekir. Nefret söylemi, ifade özgürlüğünün mutlak olmadığı bir noktaya işaret edip söylemi suç olarak ele almayı öngörürken acaba ne noktada söylemin zarar verdiği kişi, grup ya da menfaati, ne nokta da ifade

² Stanley Fish, *There’s No Such Thing as Free Speech and It’s a Good Thing Too*, Oxford University Press, 1994, s.102

³ Robert Post, *Hate Speech, Extreme Speech and Democracy* (ed. Ivan Hare, James Weinstein) Oxford University Press, 2009, s.125

özgürlüğünü sınırlama gücünü elinde bulunduran otoritelerin “değer yargılarını”⁴ koruyor olacaktır? Hukukun bu hususu ayırt etmeye yönelik ölçütler sunup sunamayacağı ve bu ölçütlerin kim tarafından nasıl yorumlanacağı noktaları, kavramı hassasiyetle ele almayı ve içeriğini belirlemeyi gerekli kılmaktadır.

Buna paralel, pek çok yeni kavram için geçerli olduğu gibi, nefret söylemi kavramına da gündelik ve politik dilde içeriği ve amacını aşacak biçimde atıfta bulunulduğu gözlemlenmekteyken, kimi durumlarda tam da nefret söylemi olarak addedilmesi gereken ifadelerin bu nitelendirmeden yoksun kaldığı görülmektedir. Nefret söylemi olarak adlandırılan alanın ne derece kaygan bir zemin olduğuna bir örneğe; Hollanda’da 2007 yılında önde gelen bir politikacının Müslümanların kutsal kitabının nefret söylemi içerdiği ve şiddete teşvik ettiği gerekçesi ile yasaklanması gerektiğini söylemesi ve bunun akabinde aynı politikacı hakkında nefret söyleminde bulunduğu gerekçesi ile ceza davası açılmasıdır⁵. Öte yandan insan hakları ile ilişkisi dâhilinde problem edinilmesi gereken ve çoğu kez göz ardı edilen nokta; politik ve hukuksal alanda ifade özgürlüğü sınırlamalarına temel teşkil eden motivasyonların gerçekte insan hak ve özgürlüklerini korumaya ne denli hizmet ettiği. Bu bakımdan, bir insan hakkı olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması gerekçelerinin yine insan hakları düşüncesine hizmet etmek adına olacak olması gerekliliği ve nefret söylemi kavramının tam da bu noktada önem kazanacağı unutulmamalıdır. Bu açıdan kavramı bir çerçeveye oturtmak gerekliliği;

- 1- Nefret söyleminin hedef aldığı ve korunması gereken alan, kişi veya grupları korumak bakımından,
- 2- Bizzat ifade özgürlüğü alanını, nefret söylemi argümanı ileri sürerek yapılabilecek kısıtlamalardan, yani nefret söyleminin istismarından koruyabilmek adına önemlidir.

⁴ Değer yargısı ifadesi Ioanna Kuçuradi’nin değer felsefesinde ele aldığı ayrımlar düşünülerek yapılmıştır. Bknz: Ioanna Kuçuradi, İnsan ve Değerleri, TFK yayınları, 2000

⁵ <http://www.bbc.com/news/world-europe-13883331>

Bununla birlikte bunun her zaman kolay bir görev olmadığı ortadadır zira ifade kısıtlanırken öncelenen değer veya alan ne olacaktır? Bu zorluğu fark etmiş olan kimi düşünürler, ifade özgürlüğü ve nefret söylemi kavramını insan onuru ile ilişki içinde ele almaktadırlar⁶. Yine insan onuru vurgulu yaklaşım bazı ülkelerin yasalarında ve AİHM'si içtihatlarında da göze çarpmaktadır⁷.

Giriş kısmında değinilmesi gereken önemli bir nokta da; nefret söylemi ve nefret suçu kavramlarının iki farklı kavram olduğudur. Nefret suçları ceza kanunlarında yerini alan bir suç kategorisi iken, nefret söylemi genellikle ifade özgürlüğü hakkı ve bu hakkın kötüye kullanımı ile ilişkisi bakımından düzenlenmektedir. Nefret söylemi ve nefret suçunun birbirinden ayrıştığı nokta; nefret suçu sayılan bir eylemin konusunun hali hazırda ceza kanunlarında suç olarak kabul edilen bir eylemin nefret saikiyle yapılmış olmasından kaynaklanmaktadır⁸. Bununla birlikte ülkelere göre değişebilen bazı düzenlemeler bizzat bir ifade olan nefret söylemini de suç olarak düzenleyebilmektedir. İngiltere, Kanada, Fransa, Danimarka, Almanya, Yeni Zelanda gibi ülkeler yasalarında nefret söylemi suç olarak düzenlenmiş olan ülkelerdir⁹. Kimi düşünürler nefret söyleminin nefret suçuna giden yolda ilk adım olduğu argümanını savunurken¹⁰, düşüncenin her türlü biçiminin ceza konusu olmasına karşı olduğunu belirtenler ise; söz konusu bir nefret suçu dahi olsa burada ceza konusu olacak olanın düşünce/niyet değil eylem olması gerektiğini, sözgelimi nefret saikiyle işlenmiş olsa dahi yalnızca fiilin kendisinin ve doğurduğu sonucun suç konusu olması gerektiğini savunmaktadırlar¹¹. Bu bakımdan nefret suçlarının ahlaken kötü olduğunu kabul etmekle birlikte

⁶ Jeremy Waldon, *The Harm in Hate Speech*, Harvard Press, 2012

⁷ Alman Anayasa ve Ceza Kanunu bu konuda akla gelebilecek ilk örneklerdir

⁸ Ulaş Karan, *Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?* Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Dink Vakfı Yayınları, s.57

⁹ Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, Oliver Halmes Lectures, Harvard Law Review, Vol 123: 1596 , s.1597

¹⁰ Kevin Boyle, *Nefret Söyleminin Kontrolü Uluslararası Standartlar Türkiye'den Ne İstiyor?* ,Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Dink Vakfı Yayınları, s.66

¹¹ Kenan Malik, <http://kenanmalik.wordpress.com/2012/04/19/why-hate-speech-should-not-be-banned/>

daha ağır cezalara konu olması gerektiğini teorik olarak desteklemeyenler de vardır. Bu düşünürlerden olan Malik; ırkçı bir saikle cinayet işleyen kişiye, herhangi bir nedenle cinayet işleyen kişiden daha fazla ceza verilecek olmasının- birinci durumda ahlaken yanlış bir durum olsa da- yerinde olmayacağını zira bu durumda ırkçılığın henüz düşünce boyutundayken cezalandırılmasının söz konusu olduğunu ve bunun da düşüncenin kendisinin hiç bir şekilde ceza konusu olamayacağı ilkesi ile bağdaşmayacağını dile getirir¹². Bu yaklaşım rasyonel bir çıkarım olarak kabul edilebilir olmakla birlikte; nefretin nesnesi olagelen kırılğan kişi ya da grupları korumak ve var olan patolojik düşünme biçimlerinin değişmesine katkıda bulunmanın devletin ve toplumun ödevi olduğu gerçeğini gözgelememelidir. Öte yandan bu yazının problemi nefret söylemi ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi incelemek olduğundan nefret söylemi ve nefret suçu arasındaki ilişki -saklı tutulmak kaydıyla - burada ele alınmayacaktır.

II. Nefret Söylemine Bir Tanım Bulmak

Nefret söylemi, belirtildiği üzere evrensel bir tanıma sahip değildir. Ancak bu konuda literatürde de en sık referans alınan olması bakımından; Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Tavsiye Kararında belirlenen tanıma başvurmak mümkündür. Bu tanıma göre nefret söylemi; ırkçı *nefreti*, *yabancı düşmanlığını*, *Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini* kapsayacak şekilde anlaşılacaktır¹³. Günümüzdeki gelişmeler ve yeni içtihatlar nefret söylemini, şimdilerde yetersiz kalan bu tanıma da aşacak biçimde ele almakta ve *cinsel yönelim, sığınmacılık ve mültecilik, engellilik* gibi görece yeni kabul gören ayrımcılık unsurlarını da tanıma

¹² ibid

¹³ Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Kararı (97)20,1997

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf)

dâhil etmektedir¹⁴. Yine, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği düzeyinde gelişen yeni düzenlemeler nefret söylemi ve internet ortamı arasındaki ilişkiye dikkat çekmekte ve bu ortamları nefret söylemi mücadelesinde en önemli mecralar olarak görmektedir¹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yakın tarihli bir belgesinde nefret söylemine ilişkin evrensel bir tanım bulunmadığına vurgu yaparken, mahkemenin ifade özgürlüğü olarak değerlendirmedeği vakaları davalar özelinde ve belirli parametreler ışığında belirlediğini ifade etmiştir¹⁶. *Erbakan v. Türkiye* davasına ilişkin bir içtihadta belirttiği üzere mahkeme, bu konudaki tutumunu; *demokratik toplumlarda tolerans ve insan onurunun gözetilmesi gereğinden yana olduğu ve bu yolda gerekirse nefreti kışkırtan toleranssızlığın her türlü ifade biçiminin yasaklanabileceği* ifadesiyle ortaya koymuştur¹⁷.

Nefret söylemine değil ancak nefret suçuna ilişkin bir tanım veren AGİT, nefret suçu ve nefret söylemi arasında da bir ayırım yaparak ceza kanununa konu olacak bir suçun nefret saikiyle işlenip işlenmeksizin her şekilde bir suç olduğunu- örneğin öldürme suçunun nefret saiki olmaksızın da bir suç olduğunu- ancak tek başına nefret içeriğinden yoksun bir ifadenin suç konusu olmadığını belirtmiştir¹⁸. Belirtildiği gibi, farklı kavramlar olmakla birlikte nefret söylemi ve nefret suçu arasında potansiyel bir ilişki olduğu ve nefret söyleminin nefret suçuna yol açtığı yönündeki görüşler göz ardı edilmemelidir¹⁹. Bu ilişki özellikle belirli toplumsal dönemlerde ve belirli azınlık sınıflar bakımından gün yüzüne çıkmaktadır.

¹⁴ Bu konuda tarihi bir karar, cinsel yönelim ve nefret söylemi arasındaki ilişkiyi düzenlemesi bakımından AİHM'nin 2012 tarihli *Vejdeland and others vs. Sweden* kararıdır. Karar no: 1813/07

¹⁵ Tarlach McGonagle, *The Council of Europe against online hate speech: conundrums and challenges*, expert paper, MCM (2013) 005

¹⁶ http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf

¹⁷ *Erbakan v Turkey*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1728198-1812055>

¹⁸ Boyle, supra 9

¹⁹ ibid

Nefret söylemine ilişkin bir tanım içermese de, ulus, ırk ve din temelli; şiddet, ayrımcılık ve nefreti kışkırtan eylemlerin önüne geçilmesine ilişkin uygulanacak kriterler ve tavsiyeleri ele alan yakın tarihli diğer bir belge Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından gerçekleştirilen Rabat Eylem Planına ilişkin çıktıda mevcuttur²⁰. Bu plana ilişkin uzman raporu, ifadeye yönelik ölçütler belirleyebilmek adına üç çeşit ifadeden söz etmekte ve bunlar arasında ayırım yapılması gerektiğine değinmektedir. Buna göre ; “*cezai suç teşkil eden bir ifade*”, “*cezai suç teşkil etmeyen ancak sivil bir dava konusu olabilecek olan ifade*”, ve “*herhangi bir dava konusu olamayacak olmakla birlikte tolerans, medeniyet ve başkalarının haklarına saygı duymak bakımından tedirginlik yaratan ifadeden* söz edilmektedir²¹. Rapor, aynı zamanda nefret söylemini belirleyebilmek adına bazı ölçütlere yer vermektedir. Bunlar; *ifadenin bağlamı, ifadeyi dile getirenin kim olduğu, dile getirmekteki niyetin ne olduğu, ifadenin içeriği ya da formu, söylemin ulaştığı kitlenin genişliği ve tehlikeye mahal verme olasılığıdır*²². Yazının başında belirtildiği üzere nefret söylemi kavramının yanlış ve amacını aşan bağlamlarda, hoşlanılmayan ifadeleri kısıtlamak adına ve dahası zaman zaman farklılık gösterebilecek azınlık grupların ve eleştirel düşüncelerin önünü kesmekte ya da egemen değer yargılarını dayatmakta bir araç olarak kullanılabilmesinin önüne geçebilecek ölçütler olması bakımından, raporda sayılan kriterler yerinde görünmektedir.

III. Kavramın Ortaya Çıkışı ve Geldiği Nokta

Nefret söyleminin tarihsel gelişimine ilişkin bilhassa Avrupa atmosferini göz önünde tutan Böyle; *bugün nefret söylemi olarak ifade edilen şeyin bir zamanlar egemen söylem ve resmi ideolojinin dili olmuş*

²⁰ “Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence” Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organized by OHCHR in 2011, and adopted by experts in Rabat. 2012 [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.p](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf)

²¹ ibid

²² ibid.s.6

olduğuna dikkat çekmektedir²³. Tarihsel olayların uzantısı olarak Avrupa’da nefret söyleminin yasalara konu edinilmesi İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme denk gelmektedir. Bu konuda Almanya en hızlı davranan ülkelerden olmuş ve ırkçı söylemleri, Nazi sembol ve selamlaşmaları dâhil pek çok eylem ve ifade biçimini suç kapsamına almıştır²⁴. Bu pratik bugün de aynı hassasiyetle devam etmektedir²⁵. İngiltere’de 1965 tarihli “Race Relations Act” yine renk, ırk, etnik ve uyruk zeminlerine dayalı olarak kışkırtıcı, tehdit edici, hakaret edici söylemleri yasa dışı olarak düzenlemiştir²⁶. Fransa ise 1972 yılında yayınladığı ırkçılık karşıtı yasası ile konuyu düzenleme altına almıştır²⁷. Bu yasalara, zaman içinde yapılan değişikliklerle dini nefret söylemini de kapsayacak şekilde düzenlenmekle birlikte bu konu bugün halen problemli bir nokta olmaktadır²⁸. Kökenleri 17.yy’a dayanan bu tip yasalar çerçevesinde bugün artık özgür düşünme biçimleri ya da ateizm, ceza konusu yapılmasa da bu konudaki nefret söyleminin kriterlerini belirlemek adına ortak ölçütler bulmak problemlidir²⁹. Nitekim bir dini toplulukta fazla tesir yaratmayan benzer bir ifade bir diğeri için infial yaratabilmektedir³⁰. Öte yandan ne hangi kutsalın bir diğeri göre daha mutlak ya da eleştirilemez olduğunu; ne de hangi dini topluluğun bir diğeri göre daha tepkisel olduğunu tespit etmek, modern hukukun görevi dâhilinde değildir.

²³ Kevin Boyle, *Hate Speech The United States versus the Rest of the World*, 53. Me. L. Rev., 2001, s.487

²⁴ Eric Bleich, *The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies*, Journal of Ethnic and Migration Studies Vol. 37, No. 6, July 2011, s.920

²⁵ Yakın bir tarihte, Auschwitz’de Nazi selamlaşması yaptıkları gerekçesiyle Türk öğrenciler gözaltına alınmıştır. <http://www.hurriyetdailynews.com/two-turkish-students-detained-in-poland-for-nazi-salute-at-auschwitz-.aspx?pageID=238&nID=59259&NewsCatID=351>

²⁶ Bleich, s.919

²⁷ ibid,s.920

²⁸ Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press,s.186

²⁹ ibid

³⁰ ibid, s.190

Avrupa bağlamındaki gelişmeler; artan azınlık ve göçmenler, yükselen İslamofobi trendi bugün ülkeleri ifade özgürlüğünü düzenleyen yasaları yeniden düzenlemeye ve sınırlamaların kapsamına girecek grupları artırmaya yöneltmiştir. Öte yandan artan bu kısıtlamalar ifade özgürlüğüne yönelik ciddi darbeler olarak ele alınmaya başlamış ve eleştirilerin odağı haline gelmiştir. Eleştiriler, nefret söylemi adı altında ceza konusu edilen ifadelerin belirsizliği ekseninde olmaktadır. Sayıları gittikçe artan ve tartışma konusu olan davalara bir örnek 2009 yılında İngiltere’de din konusunda müşterileriyle eleştirel bir sohbet giren otel sahipleri hakkında 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasasının (Public Order Act) ihlal edildiği gerekçesiyle açılan ve bir ihlal olmadığına karar verilen davadır³¹. Benzer gerekçeler Fransa tarafından kamuoyunca tanınan isimlere yönelik dava ve tazminatları da beraberinde getirmiştir³².

Nefret söylemi yasağının tipik yansıması olarak görülebilecek örneklerden biri de “soykırım inkarı” yasalarıdır³³. Bu tip yasalar II. Dünya Savaşının hemen ardından 1947 Avusturya başta olmak üzere Almanya, Belçika, Fransa, İsviçre, İsrail, İspanya, gibi ülkeler tarafından da kabul edilmiş yasalar³⁴. Bu yasaların varlığı ve hukuki niteliği bugün halen tartışma konusudur. Diğer bazı hak ve dengeleri korumak ve nefret söyleminin önüne geçmek adına getirilen kısıtlamalar esasında başka tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Almanya ve Fransa’daki soykırımın inkârını suç sayan yasalar örneğinde olduğu üzere bu tip yasaların ifade ve araştırma özgürlüğüne kısıtlama getirdiği, kimi

³¹ http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/merseyside/8404212.stm

³² Bunlardan biri , bir kıyaslama yaparken kullandığı ifade nedeniyle kendisine Hırvat topluluğa hakaret ettipği iddiasıyla dava açılan Bob Dylan’dır. Bir diğeri Müslümanlara yönelik söylemlerinden dolayı Fransız yasalarınca defalarca tazminata çarptırılan Bridgette Bardot olmuştur.

<http://www.aljazeera.com/news/europe/2013/12/charges-filed-against-bob-dylan-france-2013123114125339791.html> , <http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-1023969/Brigitte-Bardot-fined-12-000-racial-hatred-claiming-Muslims-destroying-France.html>

³³ McGoldrick&O’Donnel, *Hate Speech Laws; Consistency with National and International Human Rights Law*, Legal Studies, Volume 18 issue 4,453-485,s.456

³⁴ Ibid

tarihçiler ve hukukçular tarafından çeşitli kereler ifade edilmiş ve resmi bir tarih yaratma fikrinin özgür akademik çalışmalar yaratmanın önünde bir engel teşkil ettiği dile getirilmiştir³⁵. Bu konuda ses getiren davalardan biri Faurisson v. Fransa davası iken³⁶ bir diğeri soykırımı inkâr ettiği gerekçesiyle Avusturya tarafından üç yıl hapis cezasına mahkûm edilen İngiliz tarihçi David Irving davasıdır³⁷. BM Sivil ve Politik Haklar Sözleşmesinin takibiyle sorumlu İnsan Hakları Komitesinin, Faurisson davasıyla ilgili işaret ettiği noktalardan biri; Komitenin soykırım inkarını düzenleyen yasalara ilişkin bir görüş belirtebilmekten uzak olacağı ancak konuyu bir ifade özgürlüğü ihlali olup olmadığı yönünden incelemekle yetkili olduğudur³⁸. Yine bireysel yorumlarda öne çıkan bir nokta konunun; ifade özgürlüğünün istisnalarını düzenleyen 19. Maddenin 2 ve 3. fıkraları ile savaş ve şiddete yönelik ayrımcı ve ırkçı söylemleri yasaklayan 20. Maddesi ile ilişki içinde ele alınmış ve bu maddenin olayın geçtiği yer ve antisemitizm arasındaki ilişki göz önünde bulundurularak geniş yorumlanmış olmasıdır³⁹. Bununla BM İnsan Hakları Komitesinin, önceki Genel Yorumun yerine geçmesi için hazırladığı 2011 tarihli 34 numaralı Genel Yorumu 49. maddesinde tarihsel olaylara ilişkin fikir beyanını suç sayan yasaları sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen maddesine uygun düşmediğini dile getirmiştir⁴⁰. Oysa Faurisson davasına ilişkin verdiği yanıtta, Komite bu yasaların varlığını ve geçerliliğini sorgulamamıştır. Bu son tutumla Komite, ifade özgürlüğü sınırlandırılmasının “*tarihsel olaylarla ilgili araştırma, hatalı fikirlerde*

³⁵ Bleich supra 24 s.921

³⁶ Tarih Profesörü olan Fergusson, Nazi toplama kamplarındaki gaz çemberlerine ilişkin şüpheli yaklaşımının Choc du Mois dergisine yayınlanması sonucu Fransa’da varolan “Gaysott Act” isimli yasa gereği cezalandırılarak üniversitedeki kürsüsünü kaybetmiştir. Kararı BM İnsan Hakları Komitesinin önüne getirerek yasanın ve kararın ifade özgürlüğünün engellendiğini iddia eden Fergusson buradan da haklı bir sonuçla ayrılamamıştır. Kararın özeti için bknz: http://www.bayefsky.com/pdf/128_francevws55058.pdf

³⁷ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/4733820.stm>

³⁸ Steiner&Alston, International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals, Oxford University Press, 2008, s.646

³⁹ 550/1993, UN Doc A/52/40

⁴⁰ CCPR/C/GC/34

bulunma ya da geçmişteki olayları yanlış yorumlama” durumlarını kapsamayacağını ve sınırlandırmaların sözleşmede yer alan şartları aşamayacağını belirtmiştir.

Yakın tarihte ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Perincek v İsviçre* davasında, olayda inkârı söz konusu olan soykırımın hukuksal tanımının belirsizliği gerekçesi ile kısıtlamayı yerinde bulmayarak başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiş ve yukarıda değinilen 34 numaralı BM Genel Yorumunda geçen ifadelere başvurmuştur⁴¹.

Avrupa ekseninde ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası bugün gelenek halini alabilmiş bir anlayışı yansıtırken, ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda mümkün olan en geniş korumayı sağlamak gayesinde olan ABD’nin, ifadeyi kısıtlama yönündeki eğilimden kendini ayrı tutmasının temelinde “nasıl bir demokrasi?” sorusuna verdiği farklı yanıt vardır. Gerek tarihsel arka planı, gerekse “fikirler piyasası” anlayışını farklı “topluluklar piyasası” olarak da ele alan siyasal alt yapı, Birleşik Devletleri ifade özgürlüğüne yaklaşımı bakımından ayrı bir noktada tutmaktadır⁴². Demokratik toplum tanımını; ezilen ve dışlanan gruplar dâhilinde ele alan Avrupa ülkelerinin aksine Birleşik Devletlerdeki hakim anlayış; bizzat ifadeyi kısıtlamak yönündeki eğilimleri destekleyen bir toplumsal atmosferi antidemokratik bulmaktadır⁴³. Bununla beraber “nefret söylemi” kavramının kendisinin Amerikan literatüründen doğan bir kavram olduğunu da belirtmekte fayda vardır⁴⁴. Burada belirtmekte yarar olan bir diğer nokta da esasen Amerikan mahkemelerinin 1940 ve 50’li yıllarda ‘*fighting words*’ doktrini ile ifade özgürlüğüne yönelik ciddi sınırlamalar getirebilmiş olduğudur⁴⁵.

⁴¹ 27510/08

⁴² Robert Post, *Hate Speech, Extreme Speech and Democracy*. S.133

⁴³ James Weinstein, *Hate Speech, Viewpoint Neutrality and the American Concept of Democracy*, s.147 , *The Boundaries of Freedom of Expression&Order in American Democracy*, ed. Thomas R. Hensley, Kent University Press, 2001

⁴⁴ Boyle, supra 23, s.489

⁴⁵ Bleich, supra 14.s.922

Buna rağmen ülkede 2009 yılında kabul edilen Nefret Suçlarının Önüne Geçme Yasası kapsamını ifadeyi cezalandıracak biçimde geniş tutmayarak, bilhassa anayasal güvence altında olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında bu yasanın amacını aşacak biçimde kullanılmayacağını ve bu yasanın hiç bir şekilde her bireyin ırksal, dini, politik ya da başka bir inançla ilgili kişisel fikrini ifade etmesinde cezalandırıcı bir unsur oynamayacağını belirtmiştir⁴⁶.

Sıkça kullanılmakla birlikte evrensel bir tanıma sahip olmadığı ifade edilen nefret söylemine ilişkin bugün genel anlamda ve Avrupa düzeyinde baz alınan tanımın, yukarıda belirtilen Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Kararındaki tanım olduğunu ifade edebiliriz. Bu tanım irdelendiğinde, bir söylemin nefret söylemi olarak değerlendirilebilmesi için içinde barındıracağı unsurlar açığa kavuşturulabilir.

Bunlardan ilki; kışkırtıcı nefret söyleminin ırk temellinde olması, bir diğeri; din ve inanç temelli olmasıdır ki inanan-inanmayan ayrımı da buna dâhildir, üçüncüsü; aşırı ulusalcılık ve etnik merkezilik temeline kışkırtma ve nefret, dördüncüsü de; kişilerin cinsel yönelimleri nedeni ile mensup oldukları grup temeline kışkırtıcı ve nefret içerikli ifadeler maruz kalmasıdır⁴⁷. Nefret söylemi kategorizasyonunun yukarıda sayılan kriterlerle sınırlı kalıp kalmayacağı akıllara gelebilecek bir sorudur. Yani nefret söylemi salt; ırk, etnisite, inanç, cinsel yönelim zeminlerinde nefret ifade eden kışkırtıcı ifadeler ile mi sınırlı kalacaktır yoksa her geçen gün beliren farklı ayrımcılık kategorilerini de içerecek şekilde geniş yorumlanabilecek midir? Bu soruya cevaben ifade edilebilecek bir nokta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bazen ulusal mahkemeler tarafından kabul edilen sınıflandırmaları reddedebildiği veya ulusal mahkemelerin “nefret söylemi” olarak kabul etmediği bazı beyanları bile “nefret söylemi” olarak sınıflandırabildiğidir⁴⁸. Yine AIHM içtihatlarından yola çıkıldığında belirli birey veya grupların onurunu kırabilecek, “nefret

⁴⁶Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act, 2009
<https://www.govtrack.us/congress/bills/111/s909/text>

⁴⁷Weber, supra 2 s.4-5-6

⁴⁸Ibid

söylemi” teşkil eden somut ifadelerin Sözleşmenin ifade özgürlüğünü koruyan 10’uncu maddesi tarafından koruma altına alınmadığı son derece aşikârdır.

IV. İnsan Hakları Belgelerinde Nefret Söylemi

1. Birleşmiş Milletler Düzeyinde

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan hakları belgeleri dâhilinde nefret söyleminin ne şekilde düzenlediği konusunda başvurulabilecek belgelerden ilki; 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi olacaktır. Bu belge, kavramın görece yeni tarihi düşünülecek olduğunda, ne nefret söylemi adı altında bir ifade barındırmakta ne de düzenleme içermektedir. Ancak Sözleşme’nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 7. Maddesi konu ile ilişkili ele alınabilir⁴⁹. Doğası itibariyle yasal bir yaptırım içermeyen bildirgenin, düzenlendiği tarihten sonra gelen sözleşmelerle kıyaslandığında nefret söylemi ile mücadele konusunda etkin bir rol oynadığı söylenemez, zira Bildirge bu tip söylemlere ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Diğer yandan Bildirge’nin kaleme alındığı dönemde ifade özgürlüğüne ilişkin madde konusunda katılımcılar arasında mutlak bir konsensüs de olmamıştır. Bu konuda Sovyet Bloğunun nispeten muhalif bir tutum izlemiş olması şaşırtıcı gelmeyecektir⁵⁰.

Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi

BM düzeyindeki bir başka belge 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesidir. Sözleşme, soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmayı suç kapsamına almıştır. Sözleşmenin 3. Maddesi ile nefret söylemi arasındaki ilişki açıktır. Maddede, nefret söylemi ifadesi spesifik olarak yer almazken bir ifadenin soykırımda bulunmayı aleni olarak kışkırtması suç olarak düzenlenmiştir⁵¹. Bu sözleşmede dikkat çeken husus sözleşmenin konu edindiği alan olan soykırım suçu etrafında

⁴⁹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 7. Maddesi

⁵⁰ Johannes Morsink, *The universal Declaration of human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pensnsylvania, 1999 s.66

⁵¹ Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, 3. Maddesi <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/33-36.pdf>

yoğunlaşması ve nefret söylemini soykırıma kışkırtması çerçevesinde ele almakla birlikte devletleri soykırımı önleyici düzenlemeler yapmak konusunda da sorumlu kılmasıdır. Spesifik bir konuyu hedef alması bakımından nefret söylemi ile ilişkisi görece sınırlıdır.

BM Her Türlü Irkçılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Her Türlü Irkçılığın Önlenmesi Sözleşmesi, nefret söylemine direkt atıfta bulunan ilk sözleşme olma özelliğini taşımaktadır. Sözleşme’de geçen ifade; ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasının suç olduğu şeklindedir⁵². Sözleşmenin ilgili maddesi aynı zamanda imzacı devletlere bu tip ifadeleri kanunlarında suç olarak düzenlemek görevini de yüklemektedir. Devletlere bu tip ifadeleri suç olarak düzenlemesi gerekliliğini getirmesi bakımından bu belge özel bir yere sahiptir. Sözleşmede yer alan “ırkçı üstünlüğe dayalı” ifadesi bilhassa dikkate değer bir ifade olmaktadır. Öte yandan bu maddenin nasıl uygulanıp yorumlanacağı belirsizlik taşımaktadır. Bu nokta, sözleşmeye taraf bazı devletlerin bu maddeye çekince koyarak maddeyi kanunlarında belirtilen biçimlerde ve sınırlamalarla uygulayacaklarını belirtmeleri sonucunu doğurmuştur⁵³. Bununla birlikte 2012 tarihli Genel Yorumda Sözleşme Komitesi Sözleşmede adı geçen ifadelerin ülkelerin ulusal kanunlarında ceza konusu olması gerektiğini hatırlatarak; ırkçı ve etnik üstünlüğü yayan tüm fikirlerin, ırk, soy, renk, uyruk, ulusal ve etnik kökene ilişkin kışkırtıcı nefret ifadelerinin, sayılan gruplara yönelik şiddete ve tehdite mahal verilmesinin, bu gruplara ilişkin aşağılayıcı ifade ve hakaretlerin ayrımcılık ve nefrete varan hallerinin ve ırkçı fikirleri yayan ve kışkırtan grup aktivitelerine katılımın Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukları tarafından yasaklanması ve cezalandırılması gereğini tekrarlamaktadır⁵⁴. Irkçı nefrete konu olabilecek gruplar; yerli halklar, soy bazlı gruplar,

⁵² Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1965, 5. Maddesi <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>

⁵³ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en

⁵⁴ CERD/C/GC/35 Para. 13

göçmenler ve vatandaş olmayanlar, göçmen işçiler, sığınmacı ve mülteciler, kadınlar ve diğer kırılgan grup mensupları olarak sıralanmıştır⁵⁵. Genel Yorum; Sözleşmenin 4. Maddesinin, taraf devletleri ulusal düzeyde yaptırımında bulunmayı gerektirdiğini belirttiğini ancak bunun şartlarının ne olacağını sağlamadığını ifade ederek, sıralanacak ölçütlerin bu konuda dikkate alınması gerektiğini belirtir. Bunlar: *konuşmanın içerik ve biçimi, ekonomik, sosyal ve politik atmosfer, konuşmacının pozisyon ve konumu, konuşmanın ulaştığı alan ve konuşmanın ne amaçla yapıldığıdır*⁵⁶.

Uluslararası Sivil ve Politik Haklar Sözleşmesi

Uluslararası Sivil ve Politik Haklar Sözleşmesi, nefret söylemine ilişkin düzenlemeye ifade özgürlüğünün sınırlarını belirten madde kapsamında yer vermiştir. Buna göre Sözleşmenin 19. Maddesi ifade özgürlüğünü düzenlerken ifade özgürlüğü hakkının özel bir ödev ve sorumlulukla kullanılacağına işaret etmekte ve sınırlamasını; başkalarının haklarına saygı ve ulusal güvenlik, kamu düzeni ve sağlığı ile belirlemektedir. Yine Sözleşmenin 20. Maddesi; 2. Fıkrasıyla; *“Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır.”*⁵⁷ ifadesini kullanmaktadır. Burada sözleşmeye bağlı Komitenin 34 numaralı Genel Yorumunda öne çıkan bazı noktalara başvurmakta fayda vardır. Öncelikle Genel Yorum 9. Paragrafında düşünme ve bir fikir sahibi olma özgürlüğünün önemi ve vazgeçilmezliğine dikkat çekerek; politik, bilimsel, tarihsel, ahlaki ve dini her türlü düşüncenin korunduğunun ve düşüncenin kendisinin ceza konusu olmasının sözleşmeye aykırı olduğunu altını çizmiş ve bu konuda *Faurisson* davasına göndermede bulunmuştur. Bu durumun, Komitenin geçmişte aynı dava karşısında takındığı tutumdan farklı olduğunu belirtmekte fayda vardır. ifade özgürlüğünün kullanımının sınırlandırılmasına ilişkin Yorum, 21. Paragrafta yer almaktadır.

⁵⁵ Ibid. Para. 6

⁵⁶ Ibid para.15

⁵⁷ ICCPR, 19-20

Yorumda, sözleşmede yer alan kısıtlama nedenleri olan; başkalarının haklarına saygı, ulusal güvenlik, kamu düzeni ve sağlığı benzeri gerekçelerden hiç birinin ifade özgürlüğü prensibinin kendisini tehlikeye atacak biçimde kullanılamayacağını ifade edilmektedir. İfade özgürlüğüne yönelik istisnaların hiç bir suretle normun yerini alamayacağı hatırlattırılır.

Genel Yorum, kısıtlama nedenlerinin yalnızca sözleşmede belirtilen ve kanunla öngörülen nedenlerle sınırlı olacağını ve bunlar uygulanırken de “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” prensiplerinin en sıkı biçimde uygulanması gerektiğini işaret eder. Yorumda genel ahlak kriterine ilişkin ifade edilen hususlardan önemli biri de; ahlaki gerekçelerinin toplumsal değişkenlik göstermekle birlikte insan haklarıyla getirilen standartların ve ayrımcılık yasağı prensibinin gerisinde olamayacağıdır⁵⁸.

2. Avrupa Düzeyinde

Tarihsel gerçeklikleri ve bugünkü toplumsal yapısı itibariyle nefret söylemi ve beraberinde söz konusu olan ırkçılık, antisemitizm, islamofobi gibi kavramlar Avrupa’yı yasal düzenlemeler bakımından özellikli bir yere koymaktadır. Pek çok ülke kanunlarında hali hazırda düzenleme altında olan nefret söylemi, Avrupa Birliği tarafından 2007 tarihli Irkçılık ve Zenofobi Çerçeve Kararı ile tüm AB ülkelerinde nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesine ilişkin yasal gerekliliklerin ele alınmasına karar verilmiştir⁵⁹. Bu karar üye ülkeler açısından zorunlu ve bağlayıcı olmamakla birlikte nefret söylemi ile mücadeleyi ve bilhassa Nuremberg davalarının kabul edilen suçları ve soykırım inkarını benzeri ifadeleri henüz ifade boyutunda iken ceza konusu yapmaya ilişkin olmaktadır. Karara yönelik bir inceleme burada yapılmayacak olmakla birlikte kararın, eksiklikler ve koruma kapsamının politik oluşuyla ilgili eleştirileri beraberinde getirdiğini belirtmekle yetinilecektir.

⁵⁸ Para 32. CCPR/C/GC/34

⁵⁹ Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law

Avrupa Konseyi düzeyine gelecek olduğunda konunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 17. Maddeleri ile ilişki içinde olduğu görülür.

AIHS'nin 10. Maddesi, 1. Fıkrasıyla İfade Özgürlüğünü; 2. Fıkrasıyla ise bu özgürlüğün kullanım alanı ve sınırlarını belirtir. Bu bakımdan ele alınacak olan 2. Fıkra, 1. Fıkra'da belirtilen özgürlüklerin kullanımının yüklediği görev ve sorumluluklara işaret ederek bu hakkın sınırlandırılma gerekçelerine şu şekilde yer verir; “*Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.*”

Bu tanıma göre nefret söylemi teşkil edecek ifadeler; *ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamu düzeni, suçun önlenmesi, başkalarının haklarının korunması* ile olan ilişkisi bakımından ele alınacaktır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle AIHM'ye yapılacak bir başvuruda mahkeme önce bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakacak ve müdahalenin ikinci fıkrada yer alan hakları korumak gayesiyle yapılıp yapılmadığını ele alacak, dolayısıyla müdahalenin meşruluğunu sorgulayacaktır. Öte yandan burada sıralanan istisna ve kısıtlama gerekçelerinin hiç birinin mutlak kavramlar olmadığı ve içtihatlarca içeriklendirildiği aşikârdır. Bu bakımdan sözü edilen sınırlandırmaların ölçütü olarak mahkemenin başvurduğu parametreler olan; kanunla belirlenmiş olmak, demokratik bir toplumda gerekli olmak ve araç ve amaç arasındaki orantılılık prensiplerine değinmekte fayda vardır.

Kanunla belirlenmiş olma prensibi iki yönlü ele alınacaktır. Bunlardan biri yasaların öngörülebilirliği iken diğeri ulaşılabilirliğidir. Yine Mahkeme içtihatlarında, Anglosakson hukuk geleneğini de göz

önünde tutarak yasayı yalnız şekli değil aynı zamanda maddi anlamda yasa olarak da ele aldığını belirtmektedir⁶⁰. Yasayla öngörülebilirlik prensibi Sözleşme'nin 17. Maddesindeki hakları kötüye kullanma yasağı ile de ilişki içinde ele alınmalıdır. BM Genel Yorumunda da belirtildiği üzere istisna, normun önüne geçecek biçimde anlaşılmalıdır⁶¹. Bu bakımdan gerek sözleşmede yer alan diğer özgürlüklerin, gerekse ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında gündelik ve gerekçesiz menfaatlerin önüne geçebilmesi adına bu son belirtilen nokta önem taşımaktadır.

Demokratik bir toplumda gereklilik ölçütü, nefret söylemi bakımından mahkemenin birden fazla davaya ilişkin yorumunda belirlemiştir⁶². *Handyside* davasında da belirttiği üzere mahkeme, bu gerekliliğin ölçütünü; “*acil bir sosyal ihtiyaç*” olarak tanımlamıştır⁶³. Mahkeme kararlarında uygulanan tedbirin meşru bir amaç taşıması ve amaçlanan hedefe uygun olmasını da bu gerekliliğin bir parçası olarak görür.

Orantılılık, sözleşmede yer alan özgürlüklerin kısıtlanması noktasında bazı şartların varlığına ilişkin soruların sorulması ile açığa çıkarılmaya çalışılır. Bunlar; *kısıtlama için elzem bir sosyal ihtiyacın baş göstermesi gerekliliği, yapılacak kısıtlama ile bu ihtiyaç arasında bir ilişki olup olmadığı, bu kısıtlamanın bu ihtiyaç için gerekli olup olmadığı ve otoritelerin bu kısıtlamalara yönelik yeterli ve ilişkili açıklamalarda bulunup bulunmadığıdır*⁶⁴.

Öte yandan mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna vardığı davalardan biri olan *Handyside v. Birleşik Krallık* kararında davacının ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddiasını olumsuz bulmakla beraber; ifade özgürlüğünün bir toplumun en temel

⁶⁰ The Sunday Times v. United Kingdom, 6538/74

⁶¹ CCPR/C/GC/34, para.21

⁶² Jersild v. Denmark, Judgment of the European Court of Human Rights of 23 September 1994, Series A, No. 298.

⁶³ Handyside v. United Kingdom, 5493/72

⁶⁴ The Margin of Appreciation, Council of Europe,

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P126_11086

direklerinden biri olduğunu ve ifade özgürlüğü kapsamında yalnızca zararsız görülen bilgi ve fikirlerin değil aynı zamanda gerek devleti gerekse toplumun herhangi bir kesimini kızdıracabilecek veya şok edebilecek bilgi ve fikirlerin de bulunduğunu ve bunların demokratik toplumun gereklerinden olan çoğulculuk ve açık görüşlülüğün bir getirisi olduğunu belirtmiştir⁶⁵.

AIHS'nin konuya ilişkin bir diğer maddesi 17. Maddedir. Esasında bu madde yalnızca ifade özgürlüğüne ilişkin madde ile değil sözleşmede yer alan ve aynı zamanda bir ödev yükleyen pek çok başka hak ile ilişkili olarak değerlendirilecektir. Madde sözleşmenin hem kullanıcıları tarafından hem de devletler tarafından kötüye kullanımının önüne geçilmesine ilişkindir. Buna göre; *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz”*⁶⁶. Nefret söylemi bakımından maddenin oynadığı görev; ifadelerin sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri yok edecek şekilde kullanılamayacağı ve böyle olduğu takdirde sözleşmeden korunma beklenemeyeceği ile ilgilidir.

Avrupa Konseyi düzeyinde mevcut bir diğer hukuki düzenleme Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesine getirilen ve İnternet Ortamında İşlenen İrkçı ve Zenofobik Suçların Düzenlenmesine İlişkin Protokoldür. Protokol, ırkçı ve zenofobik nitelikteki materyallerin siber ortamda dağıtılması, tehditlerin ve hakaretlerin önlenmesi endişelerini taşıyan soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçların inkarına, küçümsenmesine ve onaylanmasına ilişkin ifadelerin de sanal ortamda yasaklanmasını öngörmektedir. Türkiye sözleşmeye imzacı olmasına karşın bu protokole imza atmamıştır.

⁶⁵ Handyside v. United Kingdom, 5493/72, para. 49

⁶⁶ AIHS, 17

V. Türkiye Yasal Mevzuatında Nefret Söylemi

Nefret söylemi kavramının kullanılır hale gelmesi Türkiye açısından yakın tarihli bir durumdur. Şüphesiz bu, bundan önce bu kavramın içeriğine denk düşecek suç ve düzenlemelerin bulunmadığı anlamına gelmez. Geçmişten bugüne, bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde bulunan pek çok dava tanım itibarıyla nefret söylemi suçuna ilişkin olsa da literatürde bu biçimde ifade edilmemiştir. Aynı şekilde ulusal düzeydeki adli istatistiklerde de, nefret söylemi başlığı altında değerlendirilen suçlar bulmak mümkün değildir⁶⁷.

Anayasanın mevcut halinde bir nefret söylemi düzenlemesi olmamakla birlikte, geçtiğimiz yıllarda kamuoyuna sunulan taslakta ifade özgürlüğü ve kullanımının sınırlarına eklenmesi düşünülen "*savaş kışkırtıcılığı, her türlü ayrımcılık, düşmanlık veya kin ve nefret savunuculuğu*" gerekli ve uluslararası standartlarla örtüşen bir düzenlemedir⁶⁸. Bununla birlikte uzmanlar, olası düzenlemelerden alınacak faydaların yasa uygulayıcıların yorumlanma biçimleriyle hayata geçirileceğinin altını çizmektedirler⁶⁹.

Türk hukukunda, nefret söylemi ile ilişkilendirilebilecek belli başlı hükümler ise Ceza Kanununda bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden biri TCK'nın 125. Maddesinde düzenlenen hakaretin suç teşkil ettiği durumlara ilişkin maddedir. Bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil ve olgu isnat etmeyi ve hakareti suç olarak düzenleyen bu madde suçun ağırlaştırıcı unsuru olarak suçun dini, siyasi, felsefi inanca yönelik ya da düşünce ve kanaatlerin açıklanmasından dolayı ya da kişilerin mensup oldukları dine göre kutsal sayılan değerlere yönelik işlenmesi durumlarını sıralamıştır. Nefret

⁶⁷ Ulaş Karan, *Nefret Suçları ve Nefret söyleminin Türkiye Yasalarında Karşılığı*, Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010, s.234

⁶⁸ 26. Madde, 3. Paragraf, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/419856.asp>

⁶⁹ Kerem Altıparmak, "*Uzun soluklu düşünülmesi gereken şeyler: Sihirli formüllerle olmaz.*" 2007 Tarihli BİA Haber Merkezi Raporu
<http://bianet.org/bianet/medya/101946-anayasa-reformu-216-yi-iyi-uygulamakla-anlam-kazanir>

söylemi açısından bu maddenin ne denli etkin bir rol oynadığı belirsizken, burada öncelenen; ‘şeref’ ve ‘onur’ kavramlarının kişisel değer yargılarına bağlı oluşu, söz konusu maddenin ifade özgürlüğü açısından gereksiz sınırlandırılması potansiyelini de taşımaktadır.

Türk Ceza Kanununda yer alan ve nefret söylemine ilişkin olarak ele alınabilecek maddelerden bir diğeri 216. Maddedir. Madde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme ve aşağılama suçuna ilişkindir. Buna göre;

- (1) *Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
- (2) *Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
- (3) *Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Geçmişten bu yana bir dizi değişikliğe konu olmuş olan madde, geçmiş dönemlerde ifade özgürlüğünün önünde ciddi bir engel olarak değerlendirilmiş ve sıklıkla eleştiri konusu olmuştur. Bilhassa birinci fıkrada yer alan “kamu güvenliği” kavramına bir nebze açıklık getirmesi adına iliştilen “açık ve yakın tehlike” ölçütleri, ifade özgürlüğünün korunması adına olumlu sayılabilecek bir adım olmakla birlikte maddenin nefret söylemini cezalandırmak noktasında etkinliği uygulama bakımından tartışmalıdır⁷⁰. Burada tam da “halkın belirli bir kesimi” ibaresinin nasıl yorumlanacağı kilit rol oynamaktadır. Maddenin, niceliksel üstünlük karşısında geri planda kalan kesim ve grupları mı koruyacağı yoksa zaten egemen değer yargılarının koruyucusu görevini

⁷⁰ Karan,supra 66 , s.236

mi gördüğü sorusunun yanıtı, nefret söylemi ile mücadelenin salt hukuki bir çerçevede olmadığı gerçeğine paraleldir.

Türk mevzuatında konuyla ilişkisi belirsiz olan bir madde ise Ceza Kanunu 301. Maddesidir. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ni, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti’ni, devletin yargı organlarını, devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılamak fiillerini suç olarak düzenleyen bu madde, koruma kapsamını “Türk etnik kimliği” ekseninde oluşturduğu gerekçesi ile ulusal ve uluslararası düzeyde defalarca kez eleştiri konusu olmuş bir madde olma özelliği taşımaktadır⁷¹. Kimi Avrupa ülkelerinde de devlet organları ve temsilcilerine hakaret suç teşkil etmekle birlikte bu ülkelerin yasaları bir etnik kimlik vurgusu taşımamakta ve nadiren özgürlük kısıtlayıcı yaptırımlar içermektedir⁷². Dolayısıyla bu madde uygulamada nefret söylemi ile ilişkisinde nefret söyleminin önüne geçmek adına değil, ifade özgürlüğünü kısıtlamak noktasında karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan referans alınan nefret söylemi tanımlarında konu edilen gruplardan hiç birine yönelik bir koruma niteliği taşımadığı düşünülecek olursa bu maddenin nefret söylemi ile mücadelede bir rol oynadığı düşünülemez.

Türk Ceza Kanunu haricinde nefret söyleminin göze çarptığı ve en çok gerçekleştiği alan olan görsel ve yazılı medyaya ilişkin kanunlardan biri olan 3984 sayılı *Radio Televizyon Kuruluş ve Yayın Kanununun*, yayın ilkelerine ilişkin bölümü nispeten nefret söylemi ile ilişkili ibarelere yer vermektedir. “*Halkı kin ve düşmanlığa iten ve nefret duyguları oluşturulan yayınlara yer verilmemesi, insanların dil, din, ırk, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri nedenlerle hiçbir şekilde kınanmaması ve aşağılanmaması, kadınlara, güçsüzlere, engellilere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi, yayınların şiddet kullanımını özendirici veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı*

⁷¹ 2013 AB Türkiye İlerleme Raporu bu maddeye ilişkin bir değişiklik yapılmaması ve konuya ilişkin AİHM’si kararının halen uygulanmamış olmasını tekrar eleştiri konusu yapmıştır.

⁷² TCK 301. Madde ve AB Uygulamaları, TBMM Bilgi Notu <http://www.pmd.org.tr/dosyalar/tck301rapor.pdf>

nitelikte olmaması” maddelerini içeren Kanun, esasen olumlu sayılabilecek bir yasal düzenleme niteliğinde görünmekle birlikte, kanunun uygulanması yönündeki adli istatistikler söz konusu fıkraların yorumlanmasında nefret söyleminin değerlendirmeden uzak tutulduğu yönündedir⁷³.

İçinde bulunduğumuz yüzyıl itibariyle en etkin iletişim alanı olan internet ortamı beraberinde basın yayın hukukuna ilişkin bir dizi sorunu da beraberinde getirmiştir ve bugün artık en yaygın suç işleme alanı haline gelmiştir. 2007 yılında kabul edilen *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun* pek çok konuya ilişkin sınırlamalar getirmekle beraber nefret söylemi ve nefret suçlarını düzenlemek bakımından bir düzenlemeye yer vermez⁷⁴. İnternet sansürüne ilişkin bunca tartışmaya konu olan bir ülkede, sansür kapsamına konu edinilen öncelikler başkaca alanları kapsarken, toplumsal barış, ayrımcılık yasağı ve toleransa yönelik kaygılar, yasa koyucu ve uygulayıcıların önceliği olmamıştır.

Son olarak, yakın tarihte “demokratikleşme paketleri” olarak meclise sunulan bir dizi düzenleme nefrete dayalı ayrımcılık hususunun Ceza Kanunu’nun 212. Maddesi ile bir suç olarak düzenlenmesini içermektedir. Burada nefret söylemi ve ifadeye yönelik bir sınırlandırma yer almazken, nefrete dayalı ayrımcı eylemin kapsamının; “hizmetten yararlanmak” ve “ekonomik etkinliklerde bulunmak” gibi alanları kapsadığı görülmektedir⁷⁵. Koruduğu alan bakımından sınırlı ve muğlak olan madde açıklanan yeni hali ile de tanım olarak gerek “etnik kimlik” gerekse “cinsel yönelim” kategorilerine yer vermeyerek nefret suçu ile

⁷³ Supra 66, s.239

⁷⁴ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun , kanunun 8. Maddesi sınırlama gerektiren halleri belirtir.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523-1.htm>

⁷⁵ <http://www.akparti.org.tr/site/haberler/demokratikleşme-paketi-tbmmde/56351>

mücadelede evrensel standartların ve AGİT tanımının gerisinde kalmıştır⁷⁶.

VI. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi

Buraya kadar nefret söylemine ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Kararındaki tanıma başvurarak nefret söylemi kavramına ilişkin bir arka plan sunulmaya çalışıldı. Kavramın mutlak bir belirlilikten uzak olduğu ve bu durumun ifade özgürlüğü aleyhine doğurduğu sakıncalara değinildi. Bu bölümde ise neyin nefret söylemi olarak kabul edildiği ve ifade özgürlüğü korumasından yararlanmadığı, AİHM karar ve içtihatlarına başvurarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. Burada altı çizilecek bir nokta bu kararların birer “kutsal” olmadığı ve eleştirilebilirliğidir. Bununla birlikte gerek Avrupa ekseninde nefret söylemine ilişkin var olan hassasiyet, gerekse insan hakları literatüründe referans olarak alınabilecek yargı mercii olması bakımından karar ve içtihatlar önem taşımaktadır.

AİHM ve nefret söylemi ilişkisinde literatürde öne çıkan davalardan biri, Mahkemenin bugüne kadar nefret söylemi bağlamında ırkçı söyleme ilişkin olarak vermiş olduğu *Jersild v Danimarka* davasıdır. Dava, Danimarka’da yayınlanan bir belgesel yayınında kendilerine “Greenjackets” adı verilen ırkçı bir grupla yapılan röportaj sonucu gerek grup konuşmacılarının gerekse röportajı yapan gazetecinin Danimarka yüksek mahkemesince cezaya mahkûm edilmesine ilişkin olarak gazetecinin, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM’ne başvurmasına ilişkindir. Danimarka Yüksek Mahkemesi taraf olunan uluslararası insan hakları sözleşmelerini de gözeterek sözü edilen cezaya karar vermiştir. Ceza alan gazeteci ise bu ırkçı söyleme yardım sağladığı gerekçesiyle cezalandırılmıştır. AİHM öncelikle gazeteci ve ırkçı söylemlerde bulunan gençler arasında bir ayırım yapmış ve gazetecinin yaptığı belgeselin ırkçı propaganda yapmak amacıyla değil, toplumda endişe yaratan ve gençler arasında yaygın olan var olan bir olguyu dile

⁷⁶ Hate Crime Laws, s.16 <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>

getirmek amacıyla yaptığı gerekçesi ile gazeteci hakkında verilen cezanın ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir⁷⁷. Burada göze çarpan nokta yalnızca nefret söylemini işleyen kişilerin cezanın şahsiliği bakımından cezalandırılması gerektiği bunun haricinde var olan bir olguyu dile getiren basın mensubunun cezalandırılmayacağıdır. Yine, mahkemenin bilhassa basın özgürlüğü söz konusu olduğunda durduğu pozisyon bakımından önemli bir sonuçtur.

Bununla birlikte basın yoluyla gerçekleşen bir ifade olmasına rağmen *Sürek v Türkiye* davasında Mahkeme, başvuran yayın sahibi aleyhine bir karar vermiş, olaya konu olan ifadelerin gerçekleştiği ortam göz önüne alındığında uygulanan kısıtlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda gereklilik prensibinin ışığında *acil bir sosyal gerekliliğe* ilişkin olduğunu belirtmiştir. Öte yandan bu kararın karşı altı oy barındırdığını belirtmekte fayda vardır. Muhalefet yorumları incelendiğinde; ifadelerin gerçekleştiği olay sırasında açık ve mevcut bir tehlikenin olduğu konusunda şüphe olduğu ve bu davada *Zana v. Türkiye* davasındaki sonuçtan bir çıkarım yapılmaması gerektiğini zira *Zana* davasında nefret söyleminde bulunan ve ifade özgürlüğünden faydalanma hakkı sağlamadığına karar veren kişinin geniş kitleleri etkileme kapasitesine sahip bir politikacı olduğu ancak buradaki durumun farklı olduğu benzeri, ortak yorumlara da ulaşılabilir⁷⁸.

Bu bölümde ele alınabilecek bir diğer dava *Leroy v Fransa* davasıdır. Terör ve şiddet eylemlerini desteklemek bakımından nefret söylemi ile ilişkili değerlendirilen davalardan biridir. Karikatürist olan davacı, 11 Eylül saldırılarını takiben çizdiği bir karikatürde, Dünya Ticaret Merkezine olan saldırıyı resmederek; “biz hayal ettik Hamas başardı” başlığını kullanmış ve terörizmi desteklediği gerekçesiyle ulusal yargı tarafından tazminata mahkûm edilmiştir. Başvuran savunmasında bunun Amerikan Emperyalizmine ilişkin bir eleştiriyi dile getirmek adına

⁷⁷ Jersild v. Denmark kararı, 36/1993/431/510
<http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1994/33.html>

⁷⁸ Adı geçen hakimler ve muhalefet yorumları için: *Surek v. Turkey*, 26682/95
<http://tohav.org/aihmk/surek.pdf>

çizilen bir karikatür olduğu ve ifade özgürlüğünün kısıtlandığı belirtmişse de, Mahkeme; konunun binlerce masum insanı hedef almış bir eylemi ve dolayısıyla şiddeti destekler nitelikte olması ve halkta belirli bir reaksiyona sebebiyet vermesi aynı zamanda adı geçen saldırının hemen akabinde gerçekleşmiş olması ve yayının politik olarak riskli bir bölge olan Bask bölgesindeki olası olumsuz etkileri nedeni ile başvuranın talebini olumsuz bulmuştur⁷⁹.

Ülkedeki azınlıklara yönelik nefret söylemine bir örnek teşkil etmesi bakımından *Féret v Belçika* davası ele alınabilir. Belçika Parlamentosu üyesi Féret, seçim kampanyası süresinde dağıttığı broşürlerde “Belçika’nın İslamleşmesinin önüne geç!” “Avrupalı olmayan iş arayanları evine gönder!” şeklinde ifadelere yer vermiş ve kışkırtıcı ırk ayrımcılığı yaptığı gerekçesi ile toplumsal hizmet cezası ile cezalandırılmış ve on yıl süre ile parlamentoya girmesi yasaklanmıştır. İfade özgürlüğü sınırlandırıldığı gerekçesi ile Mahkemeye başvuran davacı yabancılara karşı dışlama, güvensizlik ve hatta nefret içeren bu söylemleri bilhassa seçim sürecinde gerçekleştiği ve toplumda ırkçı nefret ve toleranssızlığa kışkırtıcı bir rol oynadığı gerekçesi ile reddedilmiş ve dolayısıyla bu cezanın ifade özgürlüğüne ilişkin bir kısıtlama olmadığına hükmedilmiştir⁸⁰.

Cinsel yönelim hedefli nefret söylemine örnek olarak mahkemenin verdiği bir karar; *Vejdeland v İsveç* kararıdır. Bu davada davacı kişi, okullarda dağıttığı broşürlerde homoseksüelliğe ilişkin olumsuz ifadelere yer vererek bu gibi kimselerin toplumda AIDS ve HIV’nin yayılmasına sebebiyet verdiklerini belirtmiş ve bu faaliyetleri “ulusal gençlik” adlı bir örgüt adına gerçekleştirmiştir. İsveç makamları tarafından cezaya çarptırılan bu eylemine yönelik AIHM’ne başvuran davacı ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesini sunmuştur. Mahkeme, bu davranışının tam olarak bir nefret suçuna sebebiyet vermemekle birlikte toplumda ve gençler arasında ciddi önyargılara sebebiyet verdiğinden

⁷⁹ Leroy v France 36109/03 <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/2/article1.en.html>

⁸⁰ Féret v. Belgium (no. 15615/07)

hareketle ulusal mahkemenin kararının demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vererek başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

AİHM'nin halkı ayrımcılığa teşvik eden nefret söylemine ilişkin bir örnek *Erbakan v. Türkiye* davasıdır. 1996-1997 yılları arasında Başbakanlık görevinde bulunan Erbakan'ın, 1994 yılında halka açık bir biçimde yaptığı seçim kampanyası konuşması dört yıl sonra bir davaya konu edilmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi, o dönemde konuşmanın yapıldığı bölgede terör olaylarının gerçekleştiği ve başvuruçunun inananlar ve inanmayanlar şeklinde bir ayırım yaptığı ve bu yüzden ifade özgürlüğünün sınırlarının aşıldığı gerekçesiyle, başvuruçuya 1 yıl hapis ve para cezasına hükmetmiştir. Davacı Erbakan, AİHM'ne Sözleşmeye göre adil yargılanma ve ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruda her iki hakkının da ihlal edildiği sonucunu almıştır. Burada önemli bir husus, AİHM'nin kararının nefret söylemini görmezden gelmesi adına değil ancak şekli sebepler üzerinden verilmesidir. Sözü edilen üç unsur olan; *hukukilik*, *orantılılık* ve *gereklilik* kriterlerinin önemini ortaya koyan kararda Mahkeme; başvuruçunun konuşmasının üstünden 5 yıl geçtikten sonra soruşturma açılması ve sadece doğruluğu belli olmayan bir video kaydına dayanması, konuşmanın yapıldığı dönemde konuşmanın, *açık ve yakın bir tehlike* oluşturmaması gibi nedenlerle, davacını ifade özgürlüğünün ihlal edilmesine karar vermiştir. Mahkemenin nefret söylemi ile ilgili kararlarına ölçüt oluşturabilmesi bakımından bu karar; söylem ile doğrudan ya da doğurabileceği potansiyel tehlike bakımından doğrudan bir ilişki olması gerektiği yönündedir. Öte yandan bu davada farklı oy kullanan hakimlerden olan Rıza Türmen, gerekçesinde olayın vuku bulduğu bölge ve şartlar bakımından değerlendirildiğinde başvuruçunun ifade özgürlüğünden faydalanamayacağı yönünde görüş belirtmiştir.

Roman azınlığa yönelik nefret söylemi gerekçesiyle AİHM'ne yapılan bir başvuru *Aksu v. Türkiye* davasıdır. Akademik referans kitabı olarak kullanılan bir kitapta Roman vatandaşlara ilişkin aşağılayıcı ve

husumet içeren ifadeler olduğu gerekçesiyle davacı tarafından AİHM'ne getirilen davada Sözleşmenin ayrımcılık yasağına ve özel hayata saygıya ilişkin maddelerinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Mahkeme 2010 yılında verdiği kararında akademik çalışmanın bizzat söz konusu etnik grubu hedef almak maksatlı değil ancak var olan önyargıları tespit edici nitelikte bir çalışma olduğuna karar vermiştir⁸¹. Kararın önemi; bilimsel çalışmalarda esas olan gerçeği dile getirebilme, ortaya koyabilmeye ilişkin akademik özgürlüğün arkasında durması ve nefret söylemi olarak değerlendirilen ifadeyi söyleniş gerekçesine göre ayırabilmeyi başarması bakımındandır. Öte yandan kamuoyunda yankı uyandıran bu eser ve içeriğine ilişkin eleştiriler varlığını devam ettirmektedir⁸².

Buraya kadar verilen örneklerden ve burada konu edilemeyen ancak mahkemenin genel tutumu konusunda fikir sağlayan davalardan yola çıkarak denilebilir ki; Mahkeme, bilhassa ırk ayrımcılığına ilişkin ifade ve eylemler konusunda oldukça katı bir tutuma sahiptir ve ırk ayrımcılığı biçimindeki nefret söylem ve eylemlerini çoğu kez ifade ve diğer özgürlük kullanımlarından ayrı tutmaktadır.

Mahkeme nefret söylemine bir tanım vermemekle beraber, bugün Avrupa ülkeleri genelinde nefret söyleminin yaklaşık olarak neleri kapsadığı konusunda bir konsensüs oluşmuştur. Burada rol oynayan daha önce de değinilen Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Kararı tanımıdır. Mahkeme, bu tanıma *Gündüz v. Türkiye* davasında atıfta bulunarak tanımı bir ölçüde kabul ettiğini kanıtlamıştır, ancak yine de kendini şekli olarak bu tanımlarla sınırlı kabul etmeyerek her tek davada olayları tek tek incelemekte ve olayları geliştiği bağlam ve çevrede değerlendirmektedir. Öyle ki mahkeme kararlarında nefret söylemine pek az tolerans

⁸¹[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117640#{"itemid":\["001-117640"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117640#{)

⁸²<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.cingeneyiz.org/ama.html>

tanınmakta ve kimi zaman ulusal mahkemelerin söylemin niteliğine ilişkin kararları bozulabilmektedir⁸³.

Mahkemenin demokratik bir toplumda gerekli olan ifade özgürlüğüne verdiği önem bugün ifade özgürlüğünün önemini pekiştirmekte örnek olarak gösterilen *Handyside* davası ile bir kez daha pekişmiş ve mahkemenin yalnızca hoş giden değil ancak kimi zaman şok veya rahatsızlık yaratabilecek düşüncelerin dahi özgür bir toplumda yerini bulması gerektiği şeklindeki yorumu literatüre geçmiştir. Öte yandan mahkeme politik konuşmalara sınır getirme konusunda diğer nitelikteki konuşmalara getirdiği sınırdan daha özgürlükçü bir tutum sergilemektedir.

Mahkeme, her halükarda konuşmacının toplumdaki rolüne ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Zira sözü edilen kişi politikacı ve gazeteci gibi kitleleri etkileme vasfına sahip bir kişi ise burada gözetilmesi gereken ve çoğu kez çatışma halinde olan iki husus devreye girmektedir. Bunlardan biri politik ifadenin önemi ve gerekliliği iken⁸⁴ diğeri bu etkinin nasıl ve ne şekilde kullanılacağıdır. Öte yandan pek çok durumda söylemin gerçekleştiği ortam ve şartlar da önem taşımaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, *Sürek* ve *Zana* kararlarında ifadelerin konu edildiği bölgeyi ve hassasiyeti bilhassa gözetmiştir⁸⁵.

⁸³ Mario Oetheimer, *Protecting Freedom of Expression the Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law*, *Cardozo Journal of International Law* Vol 17:427, s.428.429

⁸⁴ Bilhassa politik konularda, mahkeme ifade özgürlüğüne daha geniş bir özgürlük tanıdığını *Sürek v Türkiye Kararında* dile getirmiştir.

⁸⁵ *Sürek v Türkiye Davası*, (26682/95) <http://www.tohav.org/aihmk/surek.pdf>

SONUÇ

Nefret söylemi bugün evrensel ve kesin bir tanımdan yoksun olmakla birlikte bilhassa Avrupa ekseninde ciddi bir mücadele alanı olmaktadır. İfade özgürlüğü ile ilişkisinde bir ikilem olarak beliren kavram, mutlak bir hak olarak ele alınmayan ancak; demokratik toplum, fikirlerin çokluğu, düşünsel gelişim, kendini gerçekleştirme gibi farklı gerekçelerle hayati öneme sahip ifade özgürlüğü ile toplumda çoğu kez alışlagelmiş bir ayrımcılığa uğrayan grup ve bireylerin haklarını korumak arasında bir noktada bulunmaktadır. Nefret söylemi açısından spesifik olan ve kavramı alelade bir ifade özgürlüğü kısıtlaması olmaktan çıkaran nokta ise söylemin yöneldiği kişi ve grupların özelliği ve bu kişilerin hali hazırda çeşitli ayrımcı politikalar ve şiddetin nesnesi oldukları olmaktadır⁸⁶. Her şeyden önce nefret söyleminin engellenmesini ve yasal yaptırımlara bağlanmasının, ifade özgürlüğünün önünde bir engel olduğu düşüncesinde olanların kendilerine sorması beklenen; belirli bir azınlık gruba yönelik nefret dolu ifadeleri sarf etmenin kişisel gelişim ya da kendini gerçekleştirme ülküsüne nasıl bir katkıda bulunacağı, bu tür ifadeleri dile getirmenin nasıl bir insansal olanağın kullanımı olacağı ve insan hakları tarafından ne gerekçeyle korunacağı olabilir. Bununla birlikte nefret söylemi ve arkasında yatan toplumsal dinamikler sorunun salt yasal düzenlemelerle giderilemeyeceği gerçeğini ortaya koymaktadır.

Öte yandan nispeten yeni bir kavram olan ve ifadenin artık ifade özgürlüğü olmadığı bir noktayı işaret eden nefret söylemini, yine henüz ifade özgürlüğünün kendisini dahi içselleştirememiş ülkemizde ele almak ve mücadele konusu yapmak kolay görünmemektedir. Kavramın etkin bir rol oynadığı ve insan hakları ile ilişkisinde ayrımcılık yasağı ile paralel ele alındığı Avrupa ülkeleri tarihsel gerçeklikleri ile yüzleşerek nefret söyleminin muhatabı olan grupları belirlemek konusunda kaçınılmaz bir dürüstlükte bulunmuşlardır. Diğer yandan ülkemizdeki duruma bakılacak

⁸⁶ Bhiktu Parekh, *Hate Speech Is There a Case for Banning?* Public Policy Research, s.214, 2006

olduğunda nefret söylemine maruz kalan gruplar görünürlüklerini kabul ettirmek noktasında dahi engellerle karşılaşmaktadırlar.

Bugün artık nefret söylemine maruz kaldığı iddia edilen gruplar yalnızca farklı ırk ve dine sahip insanlarla kalmayıp farklı cinsel yönelimi bulunan gruplar, engelliler, göçmen azınlıklar gibi pek çok grup olmaktadır. Türkiye’de farklı cinsel yönelime sahip kişileri “sapık” olarak ilan eden bir gazete manşetine karşı açılan yakın zamanlı bir davada Yargıtay’ın vermiş olduğu cezai karar bu konuda ümit vaat edicidir⁸⁷. Nefret söylemine ilişkin ulusal düzlemdeki yasal düzenlemelerin yeterli olduğunu söylemek bir hayli güçtür. Bununla birlikte nefret söylemi olarak kabul edilen ifadelerin önüne geçecek yasaların ifade özgürlüğünü en az düzeyde tehlikeye atacak olması esas olmalıdır. Bu anlamda BM Sivil ve Politik haklar Sözleşmesinin 20. Maddesinin yorumlanmasına ve ulusal mahkemelere de ışık tutmak amacıyla, Rabat planında dile getirilen; *içerik, konuşmacı, bağlam, niyet, kitle ve kışkırtma amacına* ilişkin somut koşulların aranması, gerek nefret söyleminin sınırlarını ve koruduğu değerleri belirlemek açısından gerekse farklı dönemlerde egemen olan farklı değer yargılarının dayatılması adına ifade özgürlüğünün gerekli gereksiz önüne geçilmesinin engellenmesi önemlidir. Yine yukarıda konu edilen ve edilmeyen AİHM içtihatları ve sınırlama prensiplerinin yorumlanması nefret söyleminin koruduğu gruplar ve uygulanma biçimi bakımından yerel düzeyde yol gösterici olabilir.

Tekrar etmek gerekir ki; kimi zaman nefret söylemi etrafında dönen ve salt bilimsel, sanatsal araştırmanın önünü kesen düşünce ve ifadeleri yasaklayan ve cezalandıran yasaların meşruluğu gün geçtikçe değer kaybetmektedir. Bu noktayı ayırt etmek nefret söyleminin içi boşaltılmış bir araç olmaktan kurtarmak bakımından önemlidir. Kavrama ilişkin yasal düzeyde yapılacak kısıtlamalarda uluslararası belgeler ve içtihatlarla sabitleşen standartları esas almak ifade özgürlüğüne olan bir borçtur.

⁸⁷http://www.radikal.com.tr/turkiye/escinsellere_sapik_ve_donme_demek_hakarettir-1074972

Ayrımcılık yasağı kapsamında yapılacak yeni düzenlemelerin nefret söyleminin önüne geçmek bakımından oynayacağı rol şüphesizdir. Burada belirtilmesi gereken nokta, nefret söylemi konusunda ulusal düzeyde noksan olan farkındalığın salt yasal gerekçelerin eksikliği arkasına sığdırılmayacağıdır. Elbette bu konudaki birincil görev bireylerde, bireylerin etik değerler ve insan hakları konusundaki farkındalıklarında yatmaktadır. Yine imzacı olunan pek çok insan hakları sözleşmesi, nefret söylemine zemin teşkil eden durumların ve söylemin önüne geçmek adına taraf devletlere ödev yüklemektedir. Hâl böyleyken kimi zaman ifade özgürlüğüne yönelik bir nevi sansür olarak algılanabilen kısıtlamalara da, bir arada yaşayabilme farkındalığına vakıf bireylerin uygulayacakları oto sansür neticesinde daha az gereksinim duyulacaktır. Sözü edilen bu oto sansürün; bir kısıtlama değil, içselleştirilmiş ve daha iyiyi amaçlayan bir mekanizma olarak ele alınması düşüncesinin yerleşmesinde hukukun sınırlı bir rolü olduğu unutulmamalıdır.

Kaynakça

- Alexander Tsesis, *Dignity and Speech the Regulation of Hate Speech in Democracy*, Wake Forest Law Review, Vol. 44, 2009
- Bhiktu Parekh, *Hate Speech Is There a Case for Banning?*, Public Policy Research, 2006
- ECHR Factsheet on Hate Speech*, ECHR Press Unit, 2012
- Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press
- Eric Bleich, *The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies*, Journal of Ethnic and Migration Studies, 37:6, 2011
- Ivan Hare & James Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2010

James Weinstein, *Hate Speech, viewpoint neutrality and the American concept of Democracy*, The Boundaries of freedom of Expression&Order in American Democracy, ed. Thomas R. Hensley, Kent University Press, 2001

Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard Press, 2012

Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, Oliver Halmes Lectures, Harvard Law Review, Vol 123: 1596

Johannes Morsink, *The universal Declaration of human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Penssylvania, 1999

Kevin Boyle, *Hate Speech The United States versus The Rest of the World*, 53. Me. L. Rev, 2001

Kevin Boyle , *Controlling Hate Speech: What do the International Standards require of Turkey* s.66, Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Uluslararası Hrnt Dink Vakfı Yayınları, 2010

McGoldrick&O'Donnell, *Hate-speech Laws: Consistency with National and International Human Rights Law*, Legal Studies, Volume 18 issue 4, 453-485, 1998

<http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.02.hate-speech.Macedonia-book.pdf>

Oetheimer Mario, *Protecting Freedom of Expression : The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Law*, Cardozo J. of Int'l & Comp. Law ,Vol. 17:427

Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence, OHCHR, 2012

- http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/Rabat_draft_outcome.pdf
- Slagle Mark, *An Ethical Exploration of Free Expression and the Problem of Hate Speech*, *Journal of Mass Media Ethics*, 24:238–250, 2009
- Stanley Fish, *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*, Oxford University Press, 1994
- Steiner&Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 2008
- Tarlach McGonagle, *The Council of Europe Against Online Hate Speech: Conundrums and Challenges*, 2013
- <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/belgrade2013/McGonagle%20-%20The%20Council%20of%20Europe%20against%20online%20hate%20speech.pdf>
- Toby Mendel , *Hate Speech Rules Under International Law* , 2010
- Ulaş Karan, *Nefret Suçları ve Nefret söyleminin Türkiye Yasalarında Karşılığı*, Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010
- Weber Anne, *Nefret Söylemi El Kitabı*, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2009
<http://book.coe.int/ftp/3342.pdf>
- Winfried Brugger, 'The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law', *German Law Journal*, Vol. 04 No. 01, 2003

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA
KANUNUN BAZI HÜKÜMLERİNE (m. 1-16)
İLİŞKİN BİR İNCELEME**

Arş. Gör. Mehmet AKÇAAL*
Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ**

ÖZET

Yürürlüğe girdiği andan itibaren tüketici hukukuna önemli katkılar sağlayan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda bugün birçok değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Hem bu ihtiyacı karşılamak hem de Avrupa Birliği mevzuatı ile Türk Hukukunu uyumlu hâle getirmek için kanun koyucu tarafından 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yasalaştırılmış bulunmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle yeni Kanunun amacı, kapsamı ve söz konusu Kanunda yer alan tanımlara ilişkin değişiklikler hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Daha sonra ise, bu Kanunun temel ilkeleri, tüketici sözleşmelerindeki haksız koşullar ile sipariş edilmeyen mal veya hizmetlere ilişkin Kanun hükümleri incelenmiştir. Son olarak, söz konusu çalışmada ayıplı mal ve hizmetlerden sorumluluğa ilişkin Kanun hükümlerinin değerlendirmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Hukuku, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Tüketici Sözleşmeleri, Haksız Koşullar, Ayıplı Maldan Sorumluluk

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

AN ANALYSIS RELATED TO THE SOME LEGAL PROVISIONS (Art. 1-16) OF THE TLE LAW ON THE PROTECTION OF CONSUMERS NO 6502

ABSTRACT

Law on the Protection of Consumers no 4077 has made great contribution to the consumer law since it has come into force. But many amendments are needed in this Law today. The new Law on the Protection of Consumers no 6502 is enacted to realize this goal and the harmonization with the EU Law. Firstly, the aim, the scope and definitions of the new Law no 6502 are explained in this study. Then, the legal provisions of the Law no 6502 related to the principles of the Law no 6502, unfair terms in consumer contracts and not ordered goods and services are analyzed. Finally, the legal provisions of the Law no 6502 related to the responsibility for the defective goods and services are considered in the study.

Keywords: Consumer Law, The Law on the Protection of Consumers no 6502, Consumer Contracts, Unfair Terms, The Responsibility for the Defective Goods

GİRİŞ

Tüketicinin Korunması meselesi, endüstrileşen toplumun bir sonucu olarak her geçen gün daha da önem kazanmaktadır. Buna paralel olarak Türk Hukukunda 23.2.1995 tarihinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, söz konusu Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere pek çok tebliğ ve yönetmelik çıkarılmıştır. Bu sayede, tüketici hukuku Türkiye’de önemli bir gelişme kaydetmiştir. Yine, 19 Aralık 2007’de müzakerelere açılan “Tüketicinin ve Sağlığının Korunması” faslında, kapanış kriteri olan Avrupa Birliği mevzuatına tam uyum sağlanabilmesi için, 4077 sayılı Kanunda bugüne kadar pek çok değişiklik yapılmıştır. Ne var ki, yapılması gereken değişikliklerin farklı farklı olması ve tüketicilerden gelen şikâyetlerin her geçen gün artmasıyla birlikte hâlen yürürlükteki Kanunun pek çok maddesinde değişiklik ya-

pılması gündeme gelmiştir. Bunu dikkate alan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ise, her maddenin değiştirilmesi yerine, yeni bir kanun için gerekli olan taslağı hazırlamayı uygun bulmuştur. Böylece, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu Tasarı, 7.11.2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda kabul edilerek yasalaşmıştır. Ancak, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun¹ yürürlüğe girmesi Resmî Gazete’de yayımından itibaren altı ay sonraya ertelenmiştir. Toplam 9 Kısımdan ve 88 madde ile 1 geçici maddeden oluşan yeni Kanunla birlikte, Avrupa Birliği tarafından son dönemde çıkarılmış olan ve henüz mevzuatımıza aktarılmamış olan ilgili direktiflerin iç hukukumuzda dâhil edilmesi amaçlanmaktadır.

I. KANUNUN AMACI, KAPSAMI VE KANUNDA YER ALAN TANIMLAR

4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda olduğu gibi, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda ilk hükmü kanunun amacına ilişkindir. Söz konusu hükümde, eski Kanundaki hükme göre esasa ilişkin herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır.

4077 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin karşılığı olan yeni Kanunun 2 nci maddesinde Kanunun kapsamı düzenlenmiştir. 4077 sayılı Kanunun 2 nci maddesinden farklı olarak, sadece tüketici işlemlerinin değil, aynı zamanda tüketiciye yönelik uygulamaların da yeni Kanunun kapsamına dâhil olacağı ifade edilmiştir. Bu sayede, özellikle bir hukukî işleme dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticarî uygulamaların da kanun kapsamında olacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, örneğin, bir malın satışından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar hakkındaki muhtemel ihtilaflarda da yeni Kanunun hükümleri esas alınacaktır.

4077 sayılı eski Kanunun kapsam maddesinden farklı olarak, “*tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu*” ifadesine söz konusu hükümde yer verilmemiş olması isabetlidir. Zira, tüketici işlemiyle zaten taraflarından

¹ Bkz., RG. 28.11.2013, S. 28835.

birinin tüketicinin oluşturduğu hukukî işlemler kastedilmektedir². Öte yandan, mevcut hükümde olduğu gibi, “1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilen” şeklindeki ifade Tasarının 2 nci maddesinde de korunmuştu. Ancak, kanunun kapsamına dâhil olup olmadığını tespit etmek için tarafların hangi amaçla hareket ettiğini belirlemeyi amaç edinmiş gibi bir yorumu mümkün kılan bu ifade yerinde değildi³. Tasarı Kanunlaşırken bu husus göz önünde bulundurmuş ve söz konusu ifade hükümden çıkartılmıştır.

Yeni Kanunun 3 üncü maddesinde ise, önemli bazı kavramların tanımları düzenlenmiştir. 4077 sayılı eski Kanundan farklı olarak, bu hükümde “reklam veren (ETKHK. m. 3, b. l)”, “reklamcı (ETKHK. m. 3, b. m)” ve “mecra kuruluşu (ETKHK. m. 3, b. n)” kavramlarının tanımlarına yer verilmemiştir. Öte yandan, 4077 sayılı Kanunda yer almayan “kalıcı veri saklayıcı (YTKHK. m. 3, b. f)”nın tanımı Kanuna dahil edilmiştir. Yine, 4077 sayılı Kanunda da öngörülmuş olan kavramlardan bazılarının tanımları yeni Kanunda değiştirilmiştir.

Bu kapsamda, “tüketici” kavramına ilişkin olarak Tasarıda oldukça önemli bir değişiklik bulunmaktaydı. Gerçekten, 4077 sayılı eski Kanunda gerçek kişiler gibi, tüzel kişilerin de tüketici olabileceği açıkça ifade edilmişken, Tasarıda tüzel kişiler tamamen tüketici kavramının dışında bırakılmıştı (TKHK. m. 3, b. k). Nitekim Alman Medenî Kanununda (§ 13 BGB.)⁴ olduğu gibi, bazı ülke kanunlarında ve Avrupa Birliği Konseyi’nin çeşitli direktiflerinde tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmiştir⁵.

² Aslan, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013, s. 37.

³ Yıldırım, Abdülkerim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD., C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1021.

⁴ Gerçekten, Alman Medenî Kanununa göre, “tüketici, ticarî veya kendi meslekî faaliyeti olarak değerlendirilemeyecek bir amaçla hukukî işlem gerçekleştiren gerçek kişiler”dir.

⁵ Öztekin Gelgen, Günseli, Act On The Protection of Consumers In The Turkish Law And Its Differences From The Influencing EU Regulations, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 822; Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 773.

Tasarıda, ticaret şirketlerinin herhangi bir işleminin tüketici işlemi olarak kabul edilmemesi isabetliydi. Zira ticaret şirketlerinin işlemlerinin tamamı ticarîdir (TK. m. 19/I)⁶. Yargıtay⁷ tarafından da, uygulamada tüzel kişi tacirlerin tüketici olamayacağı kabul edilmektedir. Aynı şekilde, kamu hukuku tüzel kişilerinin, zayıf tarafı korumayı amaçlayan bir kanunun kapsamına korunmaya değer taraf olarak alınmaması da gayet yerindeydi. Ancak, bunu genelleştirerek bütün tüzel kişileri korumanın kapsamı dışında bırakmak yerinde olmamıştı. Çünkü kazanç paylaşma amacı gütmeyen

⁶ Öte yandan, bir görüşe göre, tüzel kişi tacirlerin bütün faaliyetlerini koruma dışında bırakmak doğru olmaz. Dolayısıyla, mal ve hizmet alımının özel nitelik taşıdığı, tüketim faaliyeti sayıldığı bütün sözleşmelerde alıcı tüzel kişi tacir tüketici sayılmalıdır. Bkz., Battal, Ahmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 322.

⁷ Bkz., HGK. 11.10.2000, E. 2000/19-1255 K. 2000/1249, "...Tacirin, ticarî işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticarî işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar. Somut olayda davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticarî işletmesinde kullanmak üzere ticarî vasıfta kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir...". Öte yandan, aynı kararın karşı oy yazısına göre, "...davacı şirketin aldığı otoyolu ticarî işletmesinde kullanmak üzere almış bulunması tüketici sayılmasına engel bulunmamaktadır. Zira bu otoyolu kendi ihtiyacını gidermek amacı ile demirbaşına kaydedip kendisi kullanarak tüketmek ve ahara satmamak, devretmemek üzere satın aldığına göre tüketici olarak kabulü ile davaya tüketici mahkemesinde bakılması gerekmektedir..." (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 4.12.2013); 13. HD. 3.3.2005, E. 2004/14634 K. 2005/3211, "...4077 sayılı kanunun 3. maddesinin e) bendine göre tüketici bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir. Davalı limited şirket tüzel kişiliğe haiz, tacir olup, 4077 sayılı kanunun kapsamında tüketici de değildir. TTK. 21. maddesi uyarınca tacirin borçlarının ticarî olması asıldır..." (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 4.12.2013). Aksi yönde karar için bkz., 19. HD. 6.7.1999, E. 1999/3932 K.1999/4621, "...Bu durumda davacı şirketin, aracı özel amaçla satın alıp, nihai olarak yararlandığı anlaşıldığından mahkemece davanın 4077 Sayılı Yasa hükümleri uyarınca değerlendirilmesi gerekirken genel hükümlere göre değerlendirilmesi ve harca tâbi tutulması doğru değil..." (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 4.12.2013).

özel hukuk tüzel kişileri olan dernek ve vakıfların tüketici olarak değerlendirilmeleri ve kanunun hükümlerinden yararlanmaları engellenmemeliydi⁸. Nitekim Yargıtay⁹ tarafından dernek ve vakıfların tüketici olabilecekleri kabul etmektedir.

Ayrıca, her ne kadar söz konusu Tasarının genel gerekçesinde tüketici mevzuatı bakımından Avrupa Birliği direktifleriyle uyum sağlamanın amaçlandığı belirtilmişse de, bu direktifler tüketici hukuku bakımından asgarî standartlar olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, tüketici kavramının söz konusu direktiflerden daha kapsayıcı olması ve böylece tacir niteliği taşımayan özel hukuk tüzel kişilerinin de tüketici kavramına dâhil edilmesi, Tasarının bu yönüyle Avrupa Birliği mevzuatından daha ileri seviyede olmasını sağlayabilirdi. Dolayısıyla, Tasarıda yer alan tanımda kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişileri olan dernek ve vakıfların da tüketici olarak sayılması gerekmektedir.

Öte yandan, Tasarı yasalaşırken bu sefer de tüm tüzel kişiler tüketici kavramının kapsamına dahil edilmiştir. Bu itibarla, yeni Kanun gereğince, tüketiciden bahsedebilmek için aranacak unsurlar, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket etmek ve gerçek veya tüzel kişi olmak şeklinde belirlenmiştir (YTKHK. m. 3, b. k). Ancak, bu şekilde tüzel kişilerin tamamının tüketici olabileceğinin belirtilmiş olması da yerinde ol-

⁸ Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 81; Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 689-690; Kara, s. 36; Yıldırım, Tasarı, s. 1022-1023; Akipek, s. 196. Öte yandan, ticaret şirketlerinin tüketim amacıyla bir iş yapmaları durumunda tüketici sıfatı taşıyabilecekleri yönünde bkz., Poroy, Reha, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 523-524; Battal, s. 329 vd..

⁹ Bkz., 11. HD. 29.12.1997, E. 1997/8979 K. 1997/9841, “...Maddede gerçek kişiler yanında tüzel kişilerden söz edilmesi bazı duraksamalara neden olabilirse de, tacir olmayan tüzel kişiler yönünden, söz gelimi dernek, vakıf ve kooperatiflerinde, tüketici tanımını içinde kabulü gerekir...” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 4.12.2013).

mamıştır. Zira önceden ifade edildiği üzere, kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişilerinin tüketici olabilecekleri belirtilmeliydi. Bu sebeple, tüketici tanımının ifade edilen eleştiriler doğrultusunda değiştirilmesi daha isabetli olacaktır.

Yine, Kanunda “*tüketici işlemi*”nin tanımında da esaslı bir değişiklik yapılmıştır. Zira mevcut hükümde eser, taşıma ve simsarlık sözleşmelerinden açıkça söz edilmemesi uygulamada tereddütlere sebep olmaktadır. Bunun sonucunda ise, Yargıtay¹⁰ tarafından, tüketici işleminin kapsamı daraltılarak yorumlanmakta ve söz konusu sözleşmelerin 4077 sayılı eski Kanunun kapsamı dışında kaldığı, dolayısıyla bu sözleşmelere ilişkin ihtilafların genel mahkemelerde görülmesi gerektiği yönünde kararlar verilmektedir. Hâlbuki tüketici işlemi için gerekli koşulları taşıyan her tür hukukî işlem korumanın kapsamına dâhil sayılmalıdır. Buna uygun olarak, eski Kanundan farklı olarak, yeni Kanunda tüketici kavramında sınırlandırıcı olmayacak şekilde bazı örneklerle yer verilmiştir. Bu şekilde örneklerin açıkça yeni Kanunda öngörülmüş olması isabetlidir. Çünkü bu sayede, uygulamada ortaya çıkan ve tüketici işlemlerinin kapsamını daraltan uygulamaların açıkça önüne geçilmiş olur. Yeni Kanunda sayılan örneklerin sınırlandırıcı bir şekilde sayılmadığının “*ve benzeri*” ifadesiyle açıkça belirtilmesi de yerindedir¹¹.

Yine, tüketici işlemi tanımında işlemin taraflarından biri olarak, satıcı-sağlayıcı yerine daha kapsayıcı olacak şekilde “*kamu tüzel kişileri de*

¹⁰ Bkz., 15. HD. 9.4.2002, E. 2001/5915 K. 2002/1689, “...uyuşmazlığın davacıya ait bağımsız bölümde PVC doğrama imalatı ve montajındaki ayıplar nedeniyle nefaset bedelinin tahsili isteminden kaynaklandığı ve uyuşmazlığın tüketicinin olağan tüketim faaliyetinden değil, Borçlar Kanununun 355 vd. maddelerinde düzenlenen istisna (eser sözleşmesi) ilişkisinden doğduğu ortadadır. Bu bakımdan mahkemece eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanan bu davanın genel hükümlere göre açılmış bir dava olduğu benimsenerek dosyanın görevli Ankara Ticaret Mahkemesine gönderilmesi gerekirken işin esasının incelenip hüküm kurulması doğru olmamış. Bozmayı gerektirmiştir...”; 15. HD. 15.5.2002, E. 2002/1401 K. 2002/2522 (Kazancı Bilişim – İhtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 4.12.2013).

¹¹ Yıldırım, Tasarı, s. 1021; Zevkliler / Aydoğdu, s. 74-76; Aslan, s. 43.

dahil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler” ifadesine yer verilmesi de yerindedir. Ancak, söz konusu tanımda “*sözleşme ve hukukî işlem*” yerine, sadece hukukî işlemin yer alması yeterlidir. Zira sözleşme de bir hukukî işlem olduğuna göre hukukî işlem ifadesi kapsayıcıdır. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından öğretilen¹² belirtildiği üzere tüketici işlemi değil de tüketici sözleşmesi kavramı da kabul edilebilirdi. Ancak, kanun koyucunun, bu durumda da söz konusu kavramı tüketici sözleşmeleri olarak değiştirip, bu ifadeyi “*tüketici sözleşmesi... sözleşmeyi ifade eder*” şeklinde düzeltmesi gerekir.

II. GENEL ESASLAR

Yeni Kanunun “*Genel Esaslar*” başlıklı 2 nci kısmında “*temel ilkeler*”, “*tüketici sözleşmelerindeki haksız koşullar*”, “*satıştan kaçınma*” ve “*sipariş edilmeyen mal veya hizmetlere ilişkin hükümler düzenlenmiştir*”.

A) TEMEL İLKELER

Yeni Kanunun 4 üncü maddesinde tüketici sözleşmelerinde uygulanacak temel ilkeler düzenlenmiştir. Bu sayede, birçok maddede ayrı ayrı düzenlenmesi öngörülen hususların tekrarından kaçınılmış olması isabetlidir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında, eski Kanunun 6 ncı maddesinin 6 ncı fıkrasına paralel bir hükme yer verilmiştir. Ancak, eski hükümden farklı olarak, bahse konu tüketici sözleşmeleriyle bilgilendirmelerin koyu siyah harfle düzenlenmesi gerektiği yönündeki ifade hükme dahil edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu hukukî işlemlerin en az oniki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenleneceği ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verileceği açıkça düzenlenmiştir¹³. Böylece, daha sonra ortaya çıkabilecek ihtilaflarda tüketicinin mağdur olması engellen-

¹² Zevkliler / Aydoğdu, s. 72.

¹³ Kıvılcım, İlge, AB Uyum Süreci: Yeni Tüketici Kanunu – Tasarı Taslağı, İKV Değerlendirme Notu, http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/degerlendirme_notu_-_56-.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2013).

miş olur. Yeni Kanunun söz konusu hükmünün 2 nci ve 3 üncü cümlelerinde ise herhangi bir değişiklik yoktur.

Öte yandan, yeni Kanunun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan “*bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler*” ifadesinin tekrar düzenlenmesinde yarar vardır. Zira, söz konusu ifade yüzünden bu hükümde öngörülen ilkelerin sadece yeni Kanunda öngörülen sözleşmeler bakımından geçerli olacağı kabul edilebilir. Hâlbuki, kanunun amacı dikkate alındığı takdirde, hükümde öngörülen ilkeleri yeni Kanunda yer almayan tüketici sözleşmeleri bakımından da aramak daha yerinde olacaktır. Dolayısıyla, yeni Kanunda geçen “*bu kanunda*” ifadesinin bahsedilen hükümden çıkartılması daha isabetli olur¹⁴.

4077 sayılı Kanunun münferit hükümlerinde (m. 6/A/VI, 10/I, 10/B/III) ve taksitle satış, tüketici kredisi ve konut finansmanı gibi bazı sözleşme türleri bakımından öngörülmüş olan esas, yeni Kanunun 4 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında temel ilke olarak kabul edilmiştir. Bu sayede, sadece Kanunda sayılan sözleşme türleri bakımından değil, bütün tüketici sözleşmeleri bakımından sözleşme koşullarının sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği esası benimsenmiştir.

Yeni Kanunun 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında, kural olarak tüketiciden sözleşme ile belirlenenin dışında ek bir bedel talep edilemeyeceği düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, tüketiciden ek bedel talep edilemeyecek hâller, kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ve sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflardır. Öte yandan, bankalar, tüketici kredi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün ve hizmetlere ilişkin olarak bu hususun tespitinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığının görüşünü almak suretiyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu yetkili kılınmıştır.

¹⁴ Yıldırım, Tasarı, s. 1025.

Yeni Kanunun 4 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, yeni Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak yazılı şekilde tüketiciye verilmesi zorunludur. Bu hususu ispat yükümlülüğü ise, sözleşmeyi düzenleye aittir. Bu hüküm sayesinde, tüketicilerin, imzaladıkları sözleşmeye ilişkin ödemeleri gereken ücretler hakkında açıkça bilgi sahibi olmaları ve kararlarını daha bilinçli verebilmeleri amaçlanmaktadır. Ancak, hükümde yer alan *“bu kanunda düzenlenen sözleşmelere”* ifadesi hükmün dar yorumlanmasına sebep olabilir. Hâlbuki söz konusu hüküm, bütün tüketici işlemleri hakkında geçerli olmalıdır. Dolayısıyla bu ifade, tüketici işlemleri olarak düzeltilmelidir.

4077 sayılı eski Kanunun taksitle satışa ilişkin 6/A maddesinin 3 üncü fıkrasının 2 nci ve 3 üncü cümlelerine yeni Kanunun temel ilkelerinin öngörüldüğü 4 üncü maddesinin 5 inci fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, herhangi bir tüketici sözleşmesinden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senedin, her bir taksit için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenebileceği belirtilmiştir. Aynı hükmün devamında, söz konusu hükme aykırı olarak düzenlenen senetlerin tüketici yönünden geçersiz olacakları belirtilmiştir. Bu itibarla, örneğin, tüketicinin yapmış olduğu işlemler sebebiyle nama yazılı değil de hamile yazılı senet düzenlenmesi veya taksitlerin tamamı için tek bir senedin düzenlenmesi hâlinde bu senet tüketici bakımından geçersiz olacaktır. Ancak, söz konusu hükmün ilk cümlesinde *“düzenlenebilir”* ifadesine yer verildikten sonra *“bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir”* şeklinde bir hükmün düzenlenmiş olması pek tutarlı görünmemektedir.

Öte yandan, söz konusu hüküm sayesinde, madde gerekçesine göre, hem tüketici dışındaki kişiler bakımından kambiyo senedi geçerli sayılarak işlem güvenliği korunmuş hem de tüketicinin mağduriyeti engellenmiştir. Dolayısıyla, burada geçersizlikten anlaşılması gerekenin nisbî etkisizlik olduğu ifade edilebilir. Zira nisbî etkisizlik yaptırımını söz konusu

olduğu takdirde, hukukî işlem taraflar arasında geçerli olmakla birlikte, onlar dışında yer alan bazı kişilere karşı ileri sürülemez¹⁵.

Yeni Kanunun 4 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasında, tüketici işlemlerinde tüketicinin edimlerinin teminatı için alınan şahsî teminatların müteselsil kefalet olarak kararlaştırılması hâlinde dahi adi kefalet sayılacağı düzenlenmektedir. Eski Kanundan (ETKHK. m. 10/II, m. 10/B/VIII) farklı olarak, bu hususun sadece tüketici kredileri ve konut finansmanı sözleşmeleri değil, tüm tüketici sözleşmeleri bakımından temel ilke olarak öngörülmüş olması yerindedir. Böylece, tüketici işlemlerinde kefil olan kişiler bakımından da koruma sağlanmış olacaktır. Öte yandan, 4077 sayılı eski Kanunda yer almayan aynı hükmün 2 nci cümlesinde, tüketicinin alacakları için karşı tarafça verilen teminatların, kural olarak müteselsil kefalet sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümle de zayıf konumdaki tüketicinin korunması amaçlanmaktadır.

Aynı hükmün 7 nci fıkrasının kanunlaşması hâlinde ise, temerrüt de dâhil olmak üzere, tüketici işlemlerinde bileşik faiz uygulaması yasaklanmıştır. Emredici nitelikteki bu hükmün aksinin kararlaştırılması da mümkün değildir.

B) TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ KOŞULLAR

Yeni Kanunun 5 inci maddesinde tüketici sözleşmelerindeki haksız koşullar düzenlenmiştir. Öncelikle, Borçlar Kanunundan (BK. m. 20-25) farklı olarak, 4077 sayılı eski Kanunda olduğu gibi, yeni Kanunda genel işlem koşulları değil de, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar başlığı tercih edilmiştir. Haksız koşullar, genel işlem koşullarını da içine almakla

¹⁵ Nisbî etkisizlik yaptırım hakkında bkz., Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 98. Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı'ya göre, söz konusu yaptırım türü, *nisbî hükümsüzlüktür* (bkz., Kocayusufoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdükadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2010, s. 597). Öte yandan, Serozan'a göre, tüketicilerin kambyo senetleriyle borçlanmaları tüketici kredisi ve taksitle satış bakımından yasaklanması gerekir (bkz., Serozan, Rona, Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHF.M., C. 61, S. 1-2, 2003, s. 343).

birlikte ondan daha geniş bir anlama sahiptir¹⁶. Ayrıca, bu hükümle iç hukuka aktarılması amaçlanan 5.4.1993 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Hakkında Konsey Direktifinde de haksız koşullar kavramını esas alınmıştır. Dolayısıyla, yeni Kanunda tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar kavramının başlık olarak muhafaza edilmesi esas itibarıyla isabetlidir. Ancak, Borçlar Kanununda olduğu gibi, “*şart*” yerine “*koşul*” kavramının tercih edilmesi kavram uyumunu sağlayabilirdi. Bu sebeple, yeni Kanunda “*haksız şartlar*” yerine “*haksız koşullar*” kavramının esas alınması daha tutarlı olurdu¹⁷.

4077 sayılı eski Kanunun 6 ncı maddesinin ilk fıkrasında olduğu gibi, yeni Kanunun 5 inci maddesinin ilk fıkrasında da haksız koşul tanımlanmaktadır. 4077 sayılı eski Kanundaki tanıma göre haksız koşulları sözleşmeye koyabilecek olanlar satıcı veya sağlayıcılardır. Bu ifadeden hareketle, söz konusu hükmün sadece satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasındaki sözleşmelerde uygulanabileceği, dolayısıyla diğer tüketici sözleşmelerine uygulanamayacağı şeklinde yanlış bir sonuca varılması mümkündür¹⁸. Yeni Kanunda ise, haksız koşul tanımında satıcı veya sağlayıcıdan bahsedilmemiştir. Haksız koşulun bu şekilde tanımı, Konseyin ilgili Direktifiyle uyum arz etmesi bakımından da isabetlidir.

Ayrıca, öğretideki¹⁹ eleştirilere uygun olarak, haksız koşulun tanımı bakımından yeni Kanunda “*iyiniyet kurallarına aykırılık*” yerine “*dürüstlük kuralına aykırılık*”tan bahsedilmiş olması da yerindedir.

Öte yandan, yeni Kanundaki ve Konseyin ilgili Direktifindeki haksız koşul tanımlarının unsurları bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Gerçekten, yeni Kanundan farklı olarak, Konsey Direktifinin 3 üncü maddesinin 1 inci bendine göre, tüketici aleyhine dengesizliğin dürüstlük kurallarına aykırı olmasını yeterli kabul edilmemiş, ayrıca tüketicinin

¹⁶ Aslan, s. 171.

¹⁷ Yıldırım, Tasarı, s. 1026.

¹⁸ Aslan, s. 173.

¹⁹ Zevkliler / Aydoğdu, s. 165; Aslan, s. 177.

zararına olarak, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli bir dengesizliğin varlığı da aranmıştır²⁰.

4077 sayılı eski Kanun gereğince, haksız koşulların yaptırımını, o koşulların tüketici için bağlayıcı olmamasıydı (ETKHK. m. 6/II). Hâlbuki, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7 nci maddesinde haksız koşulların batıl oldukları ifade edilmiştir. Yeni Kanunun 5 inci maddesinin 2 nci fıkrasında ise, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız koşulların kesin hükümsüz olacağı öngörülmektedir. Bu sayede, söz konusu koşullar bakımından içerik denetimi düzenlenmektedir. Haksız koşullarda içerik denetiminin yaptırımını, Borçlar Kanununun 27 nci maddesi gereğince kesin hükümsüzlük olmalıdır. Bu bakımdan, yeni Kanunda da içerik denetiminin yaptırımının kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmiş olması yerinde olmuştur.

Ayrıca, aynı hükme göre, sözleşmenin haksız koşullar haricindeki hükümleri geçerliliğini korur. Dolayısıyla, haksız koşullar bakımından Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince kısmî kesin hükümsüzlük yaptırımından bahsetmek mümkündür²¹. Buna göre, söz konusu haksız koşullar sebebiyle, baştan itibaren herhangi bir hak veya borç doğmaz. Hâkim, bu koşulların geçersiz olduğunu re'sen dikkate alır. Aynı şekilde, geçersizlik, menfaat sahibi herkes tarafından da ileri sürülebilir²². Ancak, aynı hükmün son cümlesine göre, *“bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”*. Böylece, Borçlar Kanununun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinde (BK. m. 22) öngörüldüğü gibi, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması, tarafların

²⁰ Bu hükmün eleştirisi için bkz., Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 32.

²¹ Aynı yönde bkz., Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 129-130.

²² Ayan, s. 94-95; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 97; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 181; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012, s. 334.

bu konudaki farazî iradelerine bırakılmamıştır. Söz konusu hükümdeki “sözleşmeyi düzenleyen” yerine “sözleşmedeki haksız koşullardan yararlanan” ifadesinin tercih edilmesi ise daha yerinde olurdu. Zira haksız koşullardan yararlanan kişi her zaman onu düzenleyen olmayabilir.

Yeni Kanunun 5 inci maddesinin 4 üncü fıkrası, 4077 sayılı eski Kanunda yer almayan, fakat Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde düzenlenen bir hükümdür. Yeni Kanunun bu hükmü sayesinde, sözleşmenin içeriğine dahil olduğu belirlenen haksız koşulların yorum yoluyla denetlenmesi, Borçlar Kanununun 23 üncü maddesi ve Avrupa Konseyinin ilgili Direktifinin 5 inci maddesiyle uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sayede, sözleşmenin yazılı olması hâlinde sözleşmede açık ve anlaşılır bir dilin kullanılması zorunluluğu getirilmiştir. Aynı hükmün devamı gereğince, sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde, bu hüküm tüketici lehine yorumlanır. Söz konusu hüküm, Roma Hukukundan beri kabul edilen “sözleşmenin, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanması ilkesi (*in dubio contra stipulatorem*)²³”nin bir uygulamasıdır. Böylece, genel işlem koşullarının yorumlanmasıyla ilgili olarak, güven ilkesini²⁴ esas alan bir yorum yöntemi benimsenmiştir²⁵. Bahse konu Yönetmelikten farklı olarak, yeni Kanunda, açıklık ve anlaşılabilirlik standardında hukuku yorumlayacak olan hâkimin değil de, ortalama bir tüketicinin anlama standardının esas alınmış olması yerindedir²⁶.

²³ Bu ilkenin “belirsizlik ilkesi” olarak adlandırıldığı yönünde bkz., Atamer, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 8 Nisan, 2011, s. 35.

²⁴ Güven ilkesi hakkında bkz., Oğuzman / Öz, s. 199-200; Eren, s. 472; Tekinay, Selâhattin S. / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 148 vd..

²⁵ Demir, Mehmet, 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20–25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD., S. 76, 2008, s. 221.

²⁶ Aslan, s. 180.

Yeni Kanunun 5 inci maddesinin 5 inci fıkrası, Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin 4 üncü fıkrasına paralellik arz etmektedir. Buna göre, faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşlar tarafından hazırlanan sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümlerinin uygulanacağı açıkça öngörülmüştür. Böylece, söz konusu sözleşmeler, kesin olarak haksız koşulların emredici düzenlemesine tâbi kılınmaktadır. Buna göre, elektrik, su ve doğal gaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerini sunan kişi ve kurumlar tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşmelerdeki haksız koşulların da mutlak surette emredici düzenleme kapsamında değerlendirilmiş olması isabetli bir çözüm yolu olmuştur²⁷.

Yeni Kanunun 5 inci maddesinin 6 ncı fıkrası, 4077 sayılı Kanunda düzenlenmemekle birlikte, ilgili Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında öngörülen bir hükümdür. Bu hükümde, bir sözleşme koşulunun haksızlığının, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği dikkate alınarak ve sözleşmenin kurulduğu sırada var olan sözleşmenin akdedilmesini ilgilendiren tün koşullar, sözleşmenin diğer koşulları veya sözleşmenin bağlı olduğu diğer sözleşmelere bakılarak değerlendirileceği ifade edilmektedir. Söz konusu Yönetmelik hükmünden farklı olarak, taraflar arasındaki denge belirlenmesinde sözleşmenin kurulduğu anın esas alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Avrupa Konseyinin ilgili Direktifinin 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasıyla uyumlu olan bu hükmün yeni Kanunda da açıkça belirtilmiş olması isabetlidir.

İlgili Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasıyla ve Avrupa Konseyinin ilgili Direktifinin 4 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla benzerlik taşıyan yeni Kanunun 5 inci maddesinin 7 nci fıkrasında, sözleşme özgürlüğünün önemli bir kuralı düzenlenmektedir. Buna göre, tarafların aslî edimleri arasındaki denge denetime tâbi tutulamaz. Yine aynı hükme göre, saydamlık ilkesine aykırı davranılmış olması ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır²⁸.

²⁷ Yıldırım, Tasarı, s. 1029.

²⁸ Aslan, s. 173.

Yeni Kanunun 5 inci maddesinin 9 uncu fıkrasında, sınırlayıcı olmamak üzere haksız koşul olduğu kabul edilen sözleşme koşullarının yönetmelikle belirleneceği belirtilmektedir. Buna paralel bir haksız koşul listesi mevcut Yönetmelik Ekinde de bulunmaktadır. Uygulamada sık karşılaşılan bazı haksız koşul hâllerinin yönetmelikte sayılacak ve bunların hâkimin takdirine bırakılmayacak olması yerindedir²⁹.

C) SATIŞTAN KAÇINMA

Yeni Kanunun 6 ncı maddesinde bazı koşulların varlığı hâlinde satıcının satıştan kaçınamayacağı ve sözleşme yapmasının zorunlu olduğu düzenlenmektedir. 4077 sayılı eski Kanunun 5 inci maddesinin karşılığı olarak öngörülen bu hüküm, ifade şeklindeki düzeltmeler haricinde esas itibarıyla aynen yeni Kanuna dahil edilmiştir. Öte yandan, eski Kanundan farklı olarak, söz konusu hükmün ilk fıkrasında, elektronik ortamda teşhir edilen malın da satılık olmadığı belirtilmedikçe satışından kaçınılamayacağı düzenlenmektedir. Ayrıca, eski Kanundan farklı olarak, “*üzerinde ‘numunedir’ veya ‘satılık değildir’ ibaresi bulunmayan malın*” ifadesi yerine “*satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe*” ifadesi tercih edilmiştir. Ancak, yeni Kanundaki hüküm geniş yorumlanmalı³⁰ ve numunedir ibaresi bulunmayan mallar bakımından da sözleşme yapma zorunluluğu geçerli olmalıdır. Ayrıca, aynı hükmün 3 üncü fıkrasında yer alan hizmet satışı ifadesinin yerine 2 nci fıkradaki³¹ gibi hizmet sağlaması ifadesinin tercih edilmesi de daha uygun olurdu.

Yeni Kanunun bu maddesinin son fıkrası ise, yeni bir hükümdür. Buna göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile belediyelerin, bu maddenin

²⁹ Yıldırım, Tasarı, s. 1029.

³⁰ Aynı yönde bkz., İnceoğlu, M. Murat, Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 409.

³¹ Öte yandan, Yeni Kanunun 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrasının, sadece hizmeti alan kişilerin şahsî niteliklerinin önem taşımadığı ve birçok kişiye aynı tür hizmetin sunulduğu iş görme sözleşmelerini kapsayacak şekilde değiştirilmesi gerektiği yönünde bkz., İnceoğlu, s. 417.

uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle ayrı ayrı görevli oldukları öngörülmüştür.

D) SİPARİŞ EDİLMİYEN MAL VEYA HİZMETLER

Yeni Kanunun 7 nci maddesinde, tüketicilerin ısmarlamadıkları mal veya hizmetlere karşı korunmaları düzenlenmektedir. 4077 sayılı eski Kanunda yer almayan söz konusu hükmün 1 inci fıkrası, Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde açıkça öngörülmüş olup, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 27 nci maddesini karşılamaktadır. Ayrıca, yeni Kanunun 7 nci maddesi, kısmen farklılıklar taşımakla birlikte, Borçlar Kanununun 7 inci maddesinde de hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, sipariş edilmeyen malların gönderilmesi veya hizmetlerin sunulması hâlinde, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu durumda ne tüketicinin sessiz kalması ne de mal veya hizmeti kullanmış olması kabul beyanı olarak yorumlanabilecektir. Yine, tüketici malı geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir (BK. m. 7, c. 2)³².

Bahse konu hükmün 2 nci fıkrasında, tüketicinin bir malı veya hizmeti sipariş etmediğini ispatlamasının mümkün olmadığı göz önünde bulundurulmuştur. Böylece, karşı taraf, yani bir mal veya hizmetin sipariş edildiğini iddia eden, bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmuştur.

III. AYIPLI MAL VE HİZMETLER

A) AYIPLI MALLAR

1- Ayıplı Mal

Öncelikle, ayıplı mal kavramının tanımı, yeni Kanunun 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yeniden yapılmıştır. Böylece, söz konusu hükmün Tüketim Malları Satışının Belirli Yönleri ve İlgili Garantiler Hakkındaki Direktif ile uyumlu olması sağlanmıştır. Buna göre, ayıplı mal, tüketiciye teslim edildiği anda, sözleşmede kararlaştırılmış olan örnek veya

³² Yeni Kanunun 7 nci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 nci ve 3 üncü cümlelerinin gereksiz olduğu yönünde bkz., Yıldırım, Tasarı, s. 1032.

modele uygun olmayan ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımayan ve bu sebeple sözleşmeye aykırı olan malı ifade eder. Bu itibarla, bahse konu tanımda, ayıplı ifanın, sözleşmeye aykırı ifa olduğu açıkça ifade edilmiştir³³.

Ayrıca, malın ayıplı olup olmadığının tespitinde malın tüketiciye teslim anının esas alınacak olması da ayıplı malın tanımı bakımından diğer bir önem arz eden husustur. Bu sayede, Borçlar Kanunu ile de uyum sağlanmış olacaktır. Zira, ayıptan sorumluluk için, ayıbın hasarın alıcıya geçtiği anda var olması gerektiği kabul edilmektedir³⁴.

Aynı şekilde, yeni Kanunun 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrası eski Kanunda olmayan bir hükümdür. Bu hüküm sayesinde, malın gereği gibi monte edilmemesi, ayıp kavramının kapsamına dahil edilmiştir. Böylece, Tüketim Malları Satışının Belirli Yönleri ve İlgili Garantiler Hakkındaki Direktifin 2 inci maddesinin 5 inci fıkrasıyla da uyum sağlanmıştır. Ayrıca, söz konusu hükümde, sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim edilmemesinin sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirileceği öngörülmektedir. Bu durumda tüketiciler ayıplı mala ilişkin hükümlerden yararlanabileceklerdir. Tüketicilerin sık sık karşılaştıkları söz konusu sorunun yeni Kanunda bu şekilde bir çözümünün öngörülmesi isabetlidir.

³³ Yıldırım, Tasarı, s. 1035. Ayrıca, ayıptan sorumluluk borcunun hukukî niteliği hakkındaki görüşler için bkz., Yavuz, Cevdet, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukukî Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 513 vd..

³⁴ Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 110; Yıldırım, Abdülkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009, s. 304; Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 175; Zevkliler / Aydoğdu, s. 114; Yavuz, Cevdet, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK. m. 4), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1298; Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Aydoğdu, Murat / Cumaloğlu, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013, s. 430-431.

2- Ayıplı Maldan Sorumluluk

Yeni Kanunun 9 uncu maddesi, ilgili Direktifin 2 inci maddesinin 1 inci ve 4 üncü fıkraları esas alınarak düzenlenmiştir. Bu itibarla, yeni Kanunun 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında satıcının, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etme yükümlülüğü açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca, yeni Kanunun 9 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında ilgili Direktifin 2 nci maddesi göz önünde bulundurularak yeni bir hüküm öngörülmüştür³⁵. Söz konusu hükümde, satıcının hangi hâllerde reklam yoluyla yapılan açıklamaların içeriği ile bağlı olmayacağı düzenlenmiştir. Öncelikle, bu hükümde hem sözleşmenin akdinden hem de kurulmasından bahsedilmesi yeni Kanundaki terim birliğinin sağlanması bakımından isabetlidir. Dolayısıyla, “*satış sözleşmesinin akdi anında*” şeklindeki ifadenin “*satış sözleşmesinin kurulması anında*” olarak düzeltilmesi daha tutarlı olurdu. Ayrıca, her ne kadar bu hüküm ilgili Direktifte öngörülmüşse de, söz konusu hükmün tüketicileri mağdur etmesi muhtemeldir. Zira, satıcı, sayılan hâllerden birini ispatlamak suretiyle reklamdaki etkilenerek kendisiyle sözleşme yapan tüketici karşısında sorumluluktan kurtulabilecektir. Hâlbuki, ilgili Direktifteki hükümler tüketicinin korunması bakımından asgarî niteliktedir. Bu sebeple, kanun koyucunun yeni Kanunda daha ziyade tüketiciyi korumayı amaçlayan hükümleri tercih etmesi daha isabetli olurdu³⁶.

Öte yandan, yeni Kanunun 9 uncu maddesinde her ne kadar sadece satış sözleşmesinden bahsedilmişse de, söz konusu hükmün diğer tüketici işlemlerinde uygulanması gerektiği hakkında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple, ayıplı mallara ilişkin bu hükmün, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde mal teminine yönelik diğer tüketici işlemlerinde de uygulanacağını açıkça belirtilmesi isabetli olur³⁷.

³⁵ Yıldırım, Tasarı, s. 1037; Atamer, Yeşim M., Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, BATİDER., C. 24, S. 1, 2007, s. 85.

³⁶ Yıldırım, Tasarı, s. 1037.

³⁷ Yıldırım, Tasarı, s. 1034.

3- İspat Yükü

Yeni Kanununun 10 uncu maddesi, ispat yüküne ilişkindir. Tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, ayıbın malın teslimi anında var olduğunu ispat etmesine bağlıdır. Ancak, söz konusu hüküm sayesinde, özellikle malın ayıp sebebiyle telef olduğu veya hasar gördüğü hâllerde ayıbı ispat etmenin güçleştiği dikkate alınmıştır. Böylece, kanunkoyucu tarafından, ilk altı ay için ispat yükünün yeri değiştirilmiş ve tüketici lehine ispat kolaylığı getirilmiştir. Buna göre, teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilmiştir. Bu sayede, bir malın altı ay boyunca sorunsuz çalışması olağan hayat akışına uygun olarak kabul edilmiş ve bu süre içinde mal yine de bozulmuşsa, karine olarak bunun kaynağında teslim anında var olan bir ayıbın yer aldığı kabul edilmiştir³⁸.

Öte yandan, aynı hükmün devamı gereğince, bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmadığı takdirde uygulanmaz. İlgili Direktifin 5 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan bu düzenleme de son derece yerindedir. Zira bazı mallar açısından tüketiciye bu şekilde bir ispat kolaylığı sağlanması, satıcıyı mağdur edebilir. Örneğin, koltuk takımlarındaki sigara yanıkları gibi, ayıbın, tüketicinin kullanım hatasından kaynaklanmasının kuvvetle muhtemel olduğu hâllerde, satıcının ispatla yükümlü olduğunun varsayılması doğru olmaz. Bu bakımdan, hâkim tarafından, ayıbın ve malın niteliği takdir edilerek, ayıbın teslim anında var olduğu konusundaki ispat yükünün yine tüketiciye ait olduğuna karar verilebilir³⁹.

Yeni Kanununun 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrası, eski Kanununun 4 üncü maddesinin 5 inci fıkrasına benzer niteliktedir. Yeni Kanuna göre, tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği ayıplarda sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemeyeceği öngörülmüştür. Böylece, eski Kanundan farklı olarak, tüketicinin sadece haberdar olduğu ayıplar değil, haberdar olmasının kendisinden beklendiği ayıplar da sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir.

³⁸ Atamer, Tüketici, s. 88.

³⁹ Atamer, Tüketici, s. 88.

Örneğin, satın alınan ikinci el arabanın lastiklerinin aşınmış olması tüketici tarafından bilinmesi gereken bir husus olduğu için, daha sonra bu konuda bir ayıp iddiasında bulunulamaz. Öte yandan, söz konusu hükümde, tüketicinin haberdar olmadığı ayıplar bakımından seçimlik hakları saklı tutulmuştur⁴⁰. Örneğin, üzerinde çizik olduğu bilinerek ve etiketinde de bu husus açıkça belirtilerek satışı sunulan bir buzdolabının motorunun arızalanması hâlinde, söz konusu arıza için tüketici seçimlik haklarını kullanabilir⁴¹.

Yeni Kanunun 10 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasının karşılığı eski Kanunun 4 üncü maddesinin 6 ncı ve 7 nci fıkralarıdır. Eski hüküm, yeni Kanunda esas itibarıyla muhafaza edilmiştir. Ancak, yeni Kanunda, satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiketi koymakla sorumlu tutulanlara ithalatçı da dâhil edilmiştir. Ayrıca, etiket zorunluluğunun istisnasının düzenlendiği, eski Kanunun 4 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasının 2 nci cümlesine de yeni Kanunda yer verilmemiştir.

Eski Kanunun 4 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre, maldaki ayıpların ortaya çıkarılarak satıcıya bildirilmesi, tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesinin zorunlu bir koşuldur⁴². Buna göre, tüketici malın teslim edildiği tarihten itibaren, otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür⁴³. Hâlbuki, yeni Kanun sayesinde, seçimlik haklarını kullanabilmesi için tüketicinin belirli bir süre içinde ayıbı ihbar yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu itibarla, tüketici, iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği takdirde seçimlik haklarını kullanabilecektir. Konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar bakımından ise, bu süre taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıl olarak belirlenmiştir (YTKHK. m. 12/I)⁴⁴.

⁴⁰ Aynı yönde bkz., Zevkliler / Aydoğdu, s. 115.

⁴¹ Tüketicinin seçimlik hakları için bkz., III, A, 4.

⁴² Söz konusu sürenin, tüketicinin seçimlik haklarını kullanma süresi değil, ayıpları bildirme süresi olduğu yönünde bkz., Yavuz, Tüketici, s. 1300.

⁴³ Aslan, s. 80; Yıldırım, Mesafeli Sözleşmeler, s. 306.

⁴⁴ Atamer, Tüketici, s. 92; Yıldırım, Tasarı, s. 1039.

4- Tüketicinin Seçimlik Hakları

Tüketicinin seçimlik hakları, yeni Kanunun 11 inci maddesinin 1 inci fıkrasında sayılmıştır. Buna göre, tüketicinin ayıplı maldan dolayı sahip olduğu seçimlik haklar, “satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirenerek sözleşmeden dönme”, “satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme”, “aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme⁴⁵” ve “imkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme”dir. Böylece, eski Kanunda tüketiciye tanınan dört seçimlik hak yeni Kanunda da esas itibarıyla muhafaza edilmiştir.

Ancak, eski Kanundan farklı olarak, yeni Kanunda, Borçlar Kanununun 227 nci maddesinde düzenlendiği gibi söz konusu haklar bakımından bazı sınırlamalara yer verilmiştir. Örneğin, satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakkının tüketici tarafından kullanılması, bunun aşırı bir masrafı gerektirmemesi koşuluna bağlanmıştır. Yine, yeni Kanuna göre, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme hakkı da ancak imkân bulunması hâlinde kullanılabilir. Dolayısıyla, söz konusu hakların kullanılması bakımından aşırı bir masrafın veya imkânın olup olmadığının tespiti konusunda hâkime takdir hakkı (MK. m. 4) tanınmıştır. Hâlbuki, eski Kanunun 4 üncü maddesi gereğince seçimlik hakların kullanılması bakımından tüketiciye tam bir serbestlik tanınmıştır⁴⁶. Bu hakların amacı dikkate alındığında, eski Kanunda olduğu gibi, seçimlik hakların hâkimin takdirine bırakılmaksızın tüketici tarafından yalnızca kendi iradesiyle kullanabilecek olmasının daha tutarlı olacağı savunulabilir.

Ayrıca, yeni Kanunun 11 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, ücretsiz onarım ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteme hakkının satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketicinin, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabileceği ifade edilmiştir. Böylece, ücretsiz onarım ile malın

⁴⁵ Söz konusu hak bakımından detaylı açıklama için bkz., Arbek, Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005, s. 45 vd..

⁴⁶ Aslan, s. 99.

ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılmayacağı hâller belirtilmiştir. Madde gerekçesinden, bu düzenlemeler bakımından ilgili Direktifin 3 üncü maddesinin esas alındığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, ilgili Direktifin 3 üncü maddesinde söz konusu hakların kullanılması, bunların imkânsız veya orantısız olmaması koşuluna bağlanmıştır⁴⁷.

Öte yandan, ilgili Direktifin 3 üncü maddesinde seçimlik hakların kullanılması, açıkça belli bir sıraya tâbi tutulmuştur. Buna göre, tüketici, ilk olarak, ücretsiz onarımı veya malın yenisiyle değiştirilmesini talep edebilir. Tüketici, bedelden indirim veya dönme talebini ise, ancak ücretsiz onarım veya malın yenisiyle değiştirilmesi haklarından sonuç alınmadığı takdirde kullanabilecektir⁴⁸. Hâlbuki yeni Kanunda bu şekilde bir sıralama yapılmaksızın ilgili Direktifteki sınırlandırmalara yer verilmiştir. Bu şekilde bir çözüm yerine, eski Kanundaki sistematığın devam ettirilmesi savunulabileceği gibi ilgili Direktifin tamamen yeni Kanuna dahil edilmesi de kabul edilebilirdi. Ancak, tüketicinin seçimlik hakları bakımından ilgili Direktifte öngörülen sistematığın bütünlüğü bozularak yeni Kanuna dâhil edilmiş olması isabetli olmamıştır.

Yeni Kanunun 11 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, seçimlik haklardan dolayı sorumlu olanların kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre, sadece ücretsiz onarım ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi taleplerinin üretici veya ithalatçıya karşı yöneltilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca, söz konusu hüküm gereğince, bu takdirde, satıcı, üretici ve ithalatçının müteselsilen sorumlu oldukları öngörülmektedir. Öte yandan, aynı hükmün devamına göre, üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispatladığı takdirde sorumlu tutulamayacaktır. Hâlbuki eski Kanunun 4 üncü maddesinde seçimlik haklar bakımından böyle bir sınırlandırma yapılmaksızın imalatçı-üretici, satıcı,

⁴⁷ Zevkliler / Aydoğdu, s. 839.

⁴⁸ Demir, Mehmet, Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme, AÜHFD., C. 54, S. 3, 2005, s. 30-31; Erlüle, Fulya, Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 427 vd.; Yıldırım, Tasarı, s. 1039; Atamer, Tüketici, s. 90.

bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin 5 inci fıkrasına veya 10/B maddesinin 9 uncu fıkrasına göre kredi verenin ayıplı maldan dolayı müteselsilen sorumlulukları öngörülmüştür⁴⁹.

Madde gerekçesinde, söz konusu değişikliğin sebebi olarak, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim taleplerinde tüketici tarafından üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapılmamış olması gösterilmektedir. Ancak, eski Kanunda olduğu gibi, ayıplı maldan sorumlu olacakların kapsamı ile bunların sorumlu olacakları hakların kapsamının geniş tutulması her zaman tüketici bakımından daha yararlıdır.

Yeni Kanununun 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında ise, ücretsiz onarım ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini hakları bakımından azamî süreler öngörülmüştür. Buna göre, ücretsiz onarım veya ayıpsız misli ile değiştirme haklarından birinin seçildiği hâllerde, söz konusu taleplerin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azamî otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise, altmış iş günü içerisinde yerine getirilmesi gerekir. Aksi takdirde, tüketici, diğer seçimlik haklardan herhangi birini kullanabilecektir. Bu hüküm, tüketicinin yaşayabileceği mağduriyetlerin önüne geçmesi bakımından gayet isabetlidir. Hatta söz konusu hükümde öngörülen otuz günlük sürenin yirmi iş günü olarak değiştirilmesi daha isabetli olabilirdi.

Yeni Kanununun 11 inci maddesinin 5 inci fıkrası yeni bir hükümdür. Buna göre, tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanmayı tercih etmesi hâlinde, ödemiş olduğu bedelin tümünün veya bedelden yapılan indirim tutarının derhal kendisine iade edilmesi gerekir. Söz konusu hükümde geçen “*derhal*” ifadesi gereğince, hâkime takdir hakkı tanınmış bulunmaktadır. Ancak, bunun yerine, her türlü tereddütten uzak ve ihtilafları engelleyebilecek nitelikte, örneğin bir hafta gibi somut kısa bir sürenin hükümde açıkça öngörülmesi daha isabetli olurdu⁵⁰.

⁴⁹ Yıldırım, Tasarı, s. 1040-1041.

⁵⁰ Yıldırım, Tasarı, s. 1041.

Masraflara kimin katlanacağı hususu ise, Yeni Kanunun 11 inci maddesinin 6 ncı fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Buna göre, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan nakliye, posta veya iletişim masrafları gibi masrafların tamamı karşı tarafça (satıcı, üretici veya ithalatçı tarafından) karşılanır. Söz konusu hüküm yerindedir. Zira, tüketici seçimlik haklarını kullanmasından dolayı hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Bu itibarla, ücretsiz onarım hakkı bakımından bahsedilen hükümde (YTKHK. m. 11/I, b. c) bu husus açıkça öngörülme- seydi dahi aynı çözüm 6 ncı fıkra gereğince kabul edilecekti.

Aynı hükmün devamında, tüketicinin dört seçimlik hakkıyla birlikte Borçlar Kanununun hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir⁵¹. Ancak, eski Kanundan farklı olarak, tazminat sorumluluğunun söz konusu olacağı zararların kapsamı bakımından herhangi bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Gerçekten, eski Kanunun 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince, tüketici, sadece ayıplı malın ölüm veya yaralanmaya yol açması ya da kullanımdaki diğer mallarda zarara sebep olması hâllerinde tazminat isteme hakkına sahipti⁵². Halbuki, yeni Kanunda bu sınırlandırmaya yer verilmeyerek tüketiciye her türlü zarar bakımından tazminat talep etme imkânı tanınmıştır.

Öte yandan, eski Kanunda birbirinden yeterince ayırt edilmemiş olan ayıplı maldan sorumluluğa ve ürün sorumluluğuna ilişkin hükümler Yeni Kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir⁵³. Bu noktada, ürün sorumluluğu için ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği yönündeki eleştirilerin yeni Kanunda nispeten dikkate alındığı düşünülebilir⁵⁴. Ancak, ürün sorumlu-

⁵¹ Tazminat isteme hakkının seçimlik bir hak olduğu yönünde bkz., Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 104.

⁵² Aslan, s. 97.

⁵³ Yıldırım, Tasarı, s. 1032-1033.

⁵⁴ Türk Hukukunda ürün sorumluluğunun ayıplı maldan sorumluluktan ayrı şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz., Özsunay, Ergun, AB’de ve Türkiye’de Ürün Sorumluluğu, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s. 381, dn. 74; Kırcı, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 85-86. Ayrıca bkz., Özel, s. 799 vd..

luğuna ilişkin Taslağın 3 üncü kısmı hem Tasarıda hem de yeni Kanunda yer almamaktadır.

5- Zamaşıımı

Eski Kanunun 4 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında zamaşıımına ilişkin hususlar, yeni Kanunda da muhafaza edilmiştir. Ancak, ayıplı malın sebep olduğu zararlardan dolayı ilgisine yöneltilecek talepler bakımından üç yıllık zamaşıımı süresinin öngöröldüğü hükme yeni Kanunda yer verilmemiştir. Öte yandan, bu yönde bir hüküm, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğın 9 uncu maddesinde hâlen mevcuttur. Bununla birlikte, yeni Kanunda tazminat talebinin Borçlar Kanununun hükümleri uyarınca talep edilebileceğı açıkça düzenlendiğine göre, zamaşıımı hakkında da söz konusu hükümlerin esas alınması gerektiğı belirtilebilir.

Ayrıca, eski Kanunda (ETKHK. m. 4/IV) ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı yapılacak talepler bakımından öngörölen, malın piyasaya sürölmesinden itibaren işlemeye başlayan on yıllık zamaşıımı süresi yeni Kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Borçlar Kanunda (BK. m. 146) öngörölen on yıllık sürenin söz konusu talepler bakımından azamî süre olarak kabul edilmesi gerektiğı düşünölebilir⁵⁵.

Yeni Kanunun 12 nci maddesinin 2 nci fıkrası ise, eski Kanunda öngörölmemiş bir hükümdür. Buna göre, ikinci el satışlarda satıcının sorumluluğı, kural olarak asgarî bir yıl, konut veya tatil amaçlı taşınmazlarda ise asgarî üç yıl olarak belirlenmiştir. Bu itibarla, örneğın, taraflarca ikinci el satışında bir yıldan daha kısa bir sürenin kararlaştırılması mümkün olmayacaktır. Ancak, bir yıldan daha uzun bir süre zamaşıımı süresi olarak kararlaştırılabilecektir. Bu takdirde, tüketici lehine olması ve üst sınırın on yılı aşamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması

⁵⁵ Aynı yönde bkz., Zevkiler / Aydoğdu, s. 148.

sebebiyle, on yıldan daha uzun bir sürenin de zamanaşımı süresi olarak kararlaştırılabilmesi gerekir⁵⁶.

B) AYIPLI HİZMETLER

1- Ayıplı Hizmet Kavramı

Ayıplı hizmetin tanımı, yeni Kanunun 13 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında yapılmıştır. Buna göre, ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içerisinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması sebebiyle sözleşmeye aykırı olan hizmetleri ifade eder. Böylece, ayıplı malda olduğu gibi, ayıplı hizmetten bahsedebilmek için hizmetin sözleşmeye aykırı olması gerektiği tanımda açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca, bahse konu hükümde, sözleşmeye konu hizmetin kararlaştırılan süre içerisinde başlamamasının da ayıplı hizmet sayılacağı düzenlenmektedir. Ayıplı hizmetlere ilişkin hükümlerden tüketicilerin bu durumda da yararlanabilecek olmaları isabetlidir. Ancak, tüketici lehine olan bu yeniliğin sadece hizmetin kararlaştırılan sürede başlamama ile sınırlandırılmaması gerekir. Süresinde başlayan ancak kararlaştırılan sürede tamamlanmayan hizmetler bakımından da ayıplı hizmetin söz konusu olacağı hükümde açıkça belirtilebilirdi. Ayrıca, ayıplı mala ilişkin 8 inci maddenin 3 üncü fıkra ile uyumun sağlanabilmesi için de bu hükümde “belirlenen” yerine, “kararlaştırılan” ifadesinin tercih edilmesi daha tutarlı olurdu.

Hangi hizmetlerin ayıplı kabul edilecekleri hususu, yeni Kanunun 13 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında ifade edilmiştir. Esas itibarıyla eski Kanunun 4/A maddesinin 1 inci fıkrasını karşılayan bu hükümde, eski Kanundan farklı olarak, “*standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliğini etkileyen niceliğine aykırı olan*” ifadesine yer verilmiştir.

⁵⁶ Aynı yönde bkz., Aslan, s. 106. Öte yandan, her hâlde uzatılan sürenin on yılı geçmemesi gerektiği ve aksine sözleşmenin on yılı aşan kısım bakımından hükümsüz sayılabileceği yönünde bkz., Tandoğan, s. 201; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 1977, s. 192.

2- Ayıplı Hizmetten Sorumluluk

Ayıplı maldan sorumluluk hakkındaki yeni Kanunun 9 uncu maddesi ile 14 üncü maddesi tamamen uyumludur. Gerçekten, yeni Kanunun 9 uncu maddesinde olduğu gibi, sağlayıcının, hizmeti sözleşmeye uygun ifa etme yükümlülüğü, 14 üncü maddenin 1 inci fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca, ayıplı maldan sorumlulukta öngörüldüğü gibi, yeni Kanunun 14 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında sağlayıcının hangi hâllerde reklam yoluyla yapılan açıklamaların içeriği ile bağlı olmayacağı düzenlenmiştir. Böylece, sağlayıcıya da sorumluluktan kurtuluş imkânı tanınmıştır. Ancak, sağlayıcı, sayılan hâllerden birini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği için söz konusu hükmün tüketicileri mağdur etmesi mümkündür. Dolayısıyla, söz konusu hükmün Kanunda yer almaması, tüketicilerin korunmasına hizmet edecek bir çözüm olduğu için isabetli olurdu.

Buna ilâve olarak, yeni Kanun sayesinde, ayıplı mallarda olduğu gibi, tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için belirli bir süre içinde ayıbı ihbar yükümlülüğü de kaldırılmıştır. Dolayısıyla, tüketicinin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği takdirde seçimlik haklarını kullanabilecektir (YTKHK. m. 16/I) ⁵⁷.

3- Tüketicinin Seçimlik Hakları

Eski Kanun, malın ayıplı ifa edildiği durumlardan farklı olarak, hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketicieye üç seçimlik hak tanımıştır. Bu haklar, “sözleşmeden dönme”, “hizmetin yeniden görülmesi” ve “ayıp oranında bedelden indirim”dir. Eski Kanunda tüketicieye ayıplı hizmetler bakımından ücretsiz onarım hakkının tanınmamasının sebebi olarak öğretide⁵⁸ ayıplı hizmetin niteliği gösterilmiştir. Ancak, yeni Kanunda “hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı hakkı” da diğer seçimlik haklarla birlikte tüketicieye tanınmıştır.

Aynı hükmün devamında, ayıplı maldan sorumlulukta olduğu gibi, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tüm masrafları sağ-

⁵⁷ Yıldırım, Tasarı, s. 1039; Atamer, Tüketici, s. 92.

⁵⁸ Zevkliler / Aydoğdu, s. 139; Aslan, s. 97.

layıcının karşılamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Seçimlik haklarını kullanmasından dolayı tüketicinin hiçbir masrafa katlanmaması gerektiği için söz konusu hüküm isabetlidir.

Yine, söz konusu hükümde, tüketicinin bu seçimlik haklarından biri ile birlikte tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak, eski Kanundan farklı olarak, yeni Kanunda tüketicinin tazminatı ayıplı mal sorumluluğu bakımından öngörülen koşullar (TKHK. m. 4) çerçevesinde değil, Borçlar Kanununun hükümleri uyarınca isteyebileceği düzenlenmiştir. Böylece, yeni Kanun sayesinde zararların kapsamı bakımından herhangi bir sınırlandırma öngörülmezsizin, Borçlar Kanunu gereğince tüketiciye her türlü zarar bakımından tazminat talep etme imkânı tanınmış bulunmaktadır.

Ayrıca, yeni Kanunun 15 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, ücretsiz onarımı veya hizmetin yeniden görülmesini isteme hakkının sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketicinin, bu hakları kullanamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, örneğin, bir evin boyanması esnasında bazı yerlerde duvarda çatlaklar kalmışsa tüketicinin tüm boya işleminin yeniden yapılmasını talep etmesi bu sebeple engellenebilecektir. Böylece, ayıplı mallara ilişkin yeni Kanunun 11 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ile paralellik sağlanmıştır. Ancak, önceden belirtildiği üzere, bu hükümler bakımından esas alınan ilgili Direktifin 3 üncü maddesinde seçimlik hakların kullanılması, açıkça belli bir sıraya tâbi tutulmuştur. Tasarıda ise, bu sıralamaya uyulmaksızın ilgili Direktifteki sınırlandırmalara yer verilmiştir. Ayıplı hizmet hâlinde tüketicinin seçimlik hakları bakımından ilgili Direktifte öngörülen sistematüğün bütünlüğü korunmadan yeni Kanuna dâhil edilmiş olması tutarlı değildir. Hâlbuki, eski Kanundaki sistematüğün devam ettirilmesi veya ilgili Direktifin tamamen yeni Kanuna dâhil edilmesi şeklinde bir çözüm kabul edilseydi bu daha tutarlı olurdu.

Yeni Kanunun eski Kanunda olmayan hükümlerinden biri olan 15 inci maddesinin 4 üncü fıkrası gereğince, tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanmayı seçtiği

durumlarda, tutar derhal kendisine iade edilecektir. Ancak, “derhal” ifadesinin yerine, bir hafta gibi somut kısa bir sürenin ayıplı maldan sorumlulukla uyumlu bir şekilde söz konusu hükümde açıkça öngörülmesi daha isabetli olurdu.

Ayıplı maldan sorumluluğa (YTKHK. m. 11/IV) paralel şekilde, yeni Kanunda ücretsiz onarım ve hizmetin yeniden görülmesi hakları bakımından azamî süreler öngörülmüştür. Buna göre, ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesi haklarından herhangi birinin seçilmesi durumunda, söz konusu taleplerin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş günü içerisinde yerine getirilmesi gerekir. Aksi takdirde, tüketici, diğer seçimlik haklardan herhangi birini kullanmakta serbesttir. Bu hüküm, tüketicinin yaşayabileceği mağduriyetlerin önüne geçmesi bakımından gayet isabetlidir. Hatta ayıplı maldan sorumlulukla uyum göz önünde bulundurulmak koşuluyla, söz konusu hükümde öngörülen otuz iş günü olan sürenin yirmi iş günü olarak değiştirilmesi tüketici açısından daha isabetli olurdu.

4- Zamanaşımı

Eski Kanunun 4/A maddesinin 4 üncü fıkrasında zamanaşımına ilişkin hususlar, yeni Kanunda da esas itibarıyla korunmuştur. Öte yandan, ayıplı hizmetin sebep olduğu her türlü zararlardan dolayı yöneltilecek talepler bakımından üç yıllık zamanaşımı süresinin öngörüldüğü hüküm yeni Kanunda yer almamıştır. Ancak, yeni Kanunda tazminat talebinin Borçlar Kanununun hükümleri uyarınca talep edilebileceği açıkça belirtilmiş için, zamanaşımı hakkında bu hükümlerin esas alınması gerektiği ifade edilebilir. Bu itibarla, söz konusu talepler bakımından Borçlar Kanununun 146 ncı maddesinde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği belirtilebilir.

SONUÇ

Hem 6098 sayılı Borçlar Kanunundaki ve 6102 sayılı Ticaret Kanununda Kanunundaki değişikliklerin dikkate alınması hem de Avrupa Birliği mevzuatı ile tam uyumun sağlanması için mevcut Kanunun her bir hükmünü değiştirmek yerine yeni Kanunun hazırlanmış olması gayet isabetlidir. Bununla birlikte, tüketici lehine pek çok hükme yer verilen bu Kanunda bazı eleştiriye açık hükümler bulunduğu gibi, kavram birlikteliğinin sağlanamadığı birtakım hükümler de mevcuttur. Ayrıca, yeni Kanunda her ne kadar Avrupa Birliği direktifleri göz önünde bulundurulmuşsa da, tüketici lehine olan ve daha ileri seviyede, tüketiciyi koruyan hükümler de öngörülebilirdi.

Yeni Kanunda yer almayan, ancak Tasarıda öngörülen en önemli değişikliklerden biri, “tüketici”nin tanımı hakkındaydı. Buna göre, Tasarıda eski Kanundan farklı olarak sadece gerçek kişilerin tüketici olabilecekleri düzenlenmişti. Ancak, bu şekilde bir genelleme yapılması ve tüzel kişilerin tamamının korumanın kapsamı dışında bırakılması isabetli olmamıştı. Bu sebeple, söz konusu tanımda, kazanç paylaşma amacı taşımayan özel hukuk tüzel kişilerinin de tüketici olarak sayılacağı öngörülmeiydi. Hâlbuki Tasarı yasalaşırken eski Kanunda olduğu gibi bütün tüzel kişilere tüketici olma imkânı tanınmıştır.

Tüketici sözleşmelerinde uygulanacak temel ilkelerin düzenlendiği Tasarının 4 üncü maddesi de yerinde bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Böylece, söz konusu ilkelerin bütün tüketici işlemleri bakımından uygulanması imkânı doğacaktır. Bununla birlikte, söz konusu hükmün 1 inci ve 4 üncü fıkralarının ifade tarzlarının dar yoruma sebep olmamaları için, bu ilkelerin bütün tüketici işlemleri hakkında geçerli olacağı hükümdede açıkça öngörülmalıdır.

Yeni Kanunun 5 inci maddesinde, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız koşulların içerik denetiminin yaptırımının kesin hükümsüzlük olarak belirlenmiş olması tutarlıdır. Öte yandan, bahsedilen hüküm gereğince, sözleşmenin haksız koşullar haricindeki hükümleri geçerliliğini koru-

yacağı için, haksız koşullar bakımından kısmî kesin hükümsüzlük yaptırımından bahsetmek mümkündür.

Ayıplı mal ve hizmetten sorumluluğa ilişkin olarak ayıplı mal kavramının kapsamı, ispat yükü ve seçimlik haklar bakımından yeni Kanunda önemli değişiklikler bulunmaktadır. Ayıplı mal ve hizmetten sorumluluğa dair hükümlerin birbiriyle uyum gözetilerek düzenlenmiş olması da ayrıca tutarlılık arz etmektedir. Bununla birlikte, ayıplı mal veya hizmet bakımından satıcı ya da sağlayıcının sorumluluktan kurtulabileceği hâllerin düzenlendiği hükümler tüketici mağduriyetlerine yol açabilecek niteliktedir. Söz konusu hükümlerin ve genel esasların düzenlendiği 4 üncü maddede yer alan ve söz konusu esasların sadece yeni Kanunda öngörülen sözleşmeler bakımından uygulanabileceği şeklinde bir yorumu mümkün kılan bazı ifadelerin de tüketici lehine olarak değiştirilmelerinde yarar vardır.

KISALTMALAR

Art.	: Article
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
c.	: cümle
dn.	: dipnotu
E.	: Esas
ETKHK.	: 4077 Sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İÜHFİM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar

m.	: madde
MK.	: 4721 Sayılı Medenî Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TK.	: 6102 Sayılı Ticaret Kanunu
TKHKT.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarı sı
YTKHK.	: 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hak kında Kanun

KAYNAKÇA⁵⁹

- Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Arbek, Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.
- Aslan, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013.
- Atamer, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 8 Nisan 2011, s. 7-78 (Atamer, GİK).
- Atamer, Yeşim M., Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, BATİDER., C. 24, S. 1, 2007, s. 81-106 (Atamer, Tüketici).

⁵⁹ Aynı yazarın birden fazla eserine ve aynı soyadı taşıyan farklı yazarlara yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012.
- Battal, Ahmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 313-332.
- Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- Demir, Mehmet, [2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin \(m. 20-25\) Değerlendirilmesi ve Çözüm](#) Önerileri, TBBD., S. 76, 2008, s. 217-230 (Demir, Koşul).
- Demir, Mehmet, Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme, AÜHFD., C. 54, S. 3, 2005, s. 23-51 (Demir, AB).
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012.
- Erlüle, Fulya, Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 419-434.
- Kırca, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.
- Kıvılcım, İlge, AB Uyum Süreci: Yeni Tüketici Kanunu – Tasarı Taslağı, İKV Değerlendirme Notu, http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/degerlendirme_notu_-_56-.pdf, (Erişim Tarihi: 14.11.2013).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdükadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2010.
- İnceoğlu, M. Murat, Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Prof. Dr. M. Kemal

- Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 391-429.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-692.
- Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771-819.
- Özsunay, Ergun, AB'de ve Türkiye'de Ürün Sorumluluğu, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 357-390.
- Öztekin Gelgen, Günseli, Act On The Protection of Consumers In The Turkish Law And Its Differences From The Influencing EU Regulations, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 821-832.
- Poroy, Reha, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 513-550.
- Serozan, Rona, Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHFM., C. 61, S. 1-2, 2003, s. 339-356.
- Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008.
- Tekinay, Selâhattin S. / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

- Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 1977.
- Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012 (Yavuz, Özel).
- Yavuz, Cevdet, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK. m. 4), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1293-1316 (Yavuz, Tüketici).
- Yavuz, Cevdet, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukukî Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 503-543 (Yavuz, Ayıp).
- Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- Yıldırım, Abdülkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009 (Mesafeli Sözleşmeler).
- Yıldırım, Abdülkerim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD., C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1015-1047 (Tasarı).
- Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Aydoğdu, Murat / Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013.

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ (PPP) MODELİ

Arş. Gör. Selman Sacit BOZ*

ÖZET

Devlet klasik kamu hizmetlerini özel hukuk kişilerine gördürme noktasında, bulunulan döneme göre bir tercih yapıp o dönemin durum ve şartlarına göre yeni sözleşme tipleri belirlemektedir. Zamanla gelişen ve değişen sözleşme tiplerinin son formu karşımıza “kamu özel işbirliği” olarak çıkmaktadır.

Doktrinde, bu yeni modelin hukuksal çerçevesinin belirlenebilmesi ve söz konusu modelin getirdiği ve götürdüklerinin tayini noktasında geniş tartışmalar yapıldığı görülmektedir. Bu tartışmaları incelemek, irdelenmek, çözüm bulabilmek açısından bir katkıda bulunabilmek noktasında bu çalışma kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Özel İşbirliği, Kamu Özel Ortaklığı, Kamu Hizmeti, İdari Sözleşme.

PUBLIC PRIVATE SECTOR COOPERATION (PPP) MODEL

ABSTRACT

In terms of hiring private legal entities for classical public service, the government makes choices depending on the period and determines new contract types based on the terms and conditions of that period. These

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

contract types developing and changing in time reveals itself as “public private sector cooperation”.

In doctrine, it is seen that there are disagreements on the advantages and disadvantages of this new model as well as on determining its legal framework. This study focuses on studying these disagreements, analyzing them and thus it offers a contribution in terms of providing a solution.

Keywords: Public Private Sector Cooperation, Public Private Sector Partnership, Public Service, Administrative Contract.

GİRİŞ

Gelişmekte olan küreselleşme ve liberalleşme süreci içerisinde klasik kamu hizmetlerinin ele alınış tarzı ve gördürülmesi usulü de değişiklik arz etmektedir. İlk başlarda devletin tekelinde bulunan kamu hizmetlerinin, farklılaşması ve teknolojik gelişmelerin getirdiği yenilikler bu hizmetlere farklı bir görünüm kazandırmıştır. Söz konusu kamu hizmetlerinin ifası, bir taraftan teknolojiyle birlikte kolaylaşırken diğer taraftan hizmetlerin farklılaşmasına bağlı olarak zorlaşmaktadır. Bu paradoks karşısında da devlet kamu hizmetlerini bizzat yerine getirmekte zorlanmaktadır. Sosyal devlet olmanın bir gereği olan mali kaynaklar ölçüsündeki hizmet götürmedeki zorunluluk bilinci, devleti bütçe dışında yer alan özel hukuk kişilerini de kamu hizmeti ifa sürecine dâhil etmeye itmektedir. Bu gönüllü zorunluluk hissiyatı doğrultusunda devlet, kamu hizmetlerini ifa edebilmek için özel hukuk kişileriyle sözleşme imzalayıp söz konusu kişileri bu sürece ortak etmektedir.

Pilot kamu hizmeti olarak seçilen sağlık alanında bu formun temelleri 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun ile 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanunu'na ilave edilen Ek-7'nci maddede yer alan “*yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar*

üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir” hükmüyle atılmıştır. Söz konusu maddede kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yönteminin bir ismi konulmamıştır.

21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un ile söz konusu bu yeni modelin hem ismi hem de usul ve esasları belirlenmiştir.

Bu yeni modelin isimlendirilmesinde doktrinde oldukça fazla kavramsal öneri bulunmaktadır. Bu modelin kavramsallaştırılmasında Kamu Özel Sektör İşbirliği (KOSİ), Kamu Özel İşbirliği (KOİ), Kamu Özel Ortaklığı (KÖO), Kamu Özel Sektör Ortaklığı (KÖSO), Kamu Özel Ortaklığı Modeli (KÖOM) ve hatta eksik imtiyaz ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Bu kavramlara karşılık gelen ve kapsayıcı niteliğe sahip aynı zamanda da dünya genelinde kabul görmüş Public Private Partnerships (PPP’s) kavramının tüm eserlerde de kullanıldığı görülmektedir.

Çalışmamızda öğretilerdeki yaklaşımlarda göz önüne alındığında hepsi aynı anlama gelen ama farklı tabirlerle ifade edilen PPP modelinden bahsedilirken tek bir kavram tercih edilmeyip tüm kavramlar metin içerisinde kullanılmaya çalışılmıştır. Bunun sebebi öğretilerde yer alan birbirinden farklı gibi gözükse de aynı şeyi ifade eden bilimsel çalışmaları kapsayacak bir çalışma ortaya koyabilme kaygısıdır. Tüm kavramlara metin içerisinde yer verilirken başlıklandırmada sadelik ve bütünlüğü koruma adına “*kamu özel işbirliği*” ifadesine yer verilmiştir.

Bu çalışmada önce bu yeni modelin tarihsel gelişimi, kavram içeriği ve hukuksal statüsü belirlenmeye çalışılmıştır. Ardından söz konusu bu yeni modelin benzer sözleşmelerden farkı, olumlu ve olumsuz yönleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİNİN TANITIMI

A. Tarihsel Gelişimi

Kamu özel işbirliği modelinin ilk uygulamaları, İngiltere’de 1660’larda özel sektörün katıldığı yol inşaat projeleri ile başlamıştır. Özellikle endüstri devrimi sonrasında kanal ve demiryolu projeleriyle 1860’lara gelindiğinde kamu özel ortaklığı modelinin uygulanması en üst seviyeye ulaşmış fakat Avrupa’daki ekonomik krizle birlikte birçok yatırımcı iflas etmiştir. İngiltere’nin ardından Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa’da da kamu özel ortaklığı modeli uygulanmıştır. Yine Mısır valisi Said Paşa tarafından desteklenen ve yapımı 1869 yılında tamamlanan Süez Kanalı da kamu özel ortaklığının bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır¹.

Kamu özel işbirliği (PPP) modellerinde ilk girişim İngiltere tarafından, özel sektörün kamusal alana girmesine engel olan yasal düzenlemelerin kaldırılmasından sonra, özel sektör işbirliği ile kurduğu ve bu modelinin genel çerçevesini oluşturan “*Özel Sektör Finansman Girişimi (PFI-Private Finance Initiative)*”² ile atılmıştır. İngiltere’de modelin başarılı uygulamalarını müteakip birçok ülke bu modeli kendi sınırları içinde uygulamaya başlamışlardır. 1999 yılında dünyada PPP uygulamaları konusunda çalışma yapan ülkelerin sayısı 10 civarında iken bu sayı bugün itibarıyla oldukça artmıştır³.

¹ ÇEKİRGE, Halis Levent, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 2006, s. 5.

² **Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Brüksel, 30.04.2004, COM (2004), 327 Nihai**, Çev. T.C. Maliye Bakanlığı AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Avrupa Komisyonu, Kamu Özel İşbirlikleri ve Topluluk Hukukunda Kamu İhaleleri ve İmtiyazlarına İlişkin Yeşil Kitap, paragraf 23, dipnot 27, s. 11: “*Özel Finans Girişimi anlamına gelen PFI kavramı İngiliz hükümetinin özel finansman kullanarak, kamu altyapısını yenilediği bir programın ismidir. Aynı model, kimi temel değişikliklerle diğer Üye Devletlerde de kullanılmıştır. Örneğin Almanya’da “Betreibermodell’in geliştirilmesi esnasında PFI modelinden esinlenilmiştir”*”.

³ Bu sayı 2006 yılı itibarıyla 80’nin üzerindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Bilişim Derneği, Kamu Bilgi İşlem Merkezleri Yöneticileri Birliği, **Kamu Bilişim Platformu**

İlk başlarda İngiltere’de özel sektörün tedarik ettiği finansmanla birlikte birtakım mal ve hizmetlerin temini olarak başlayan ve kısaca PFI olarak isimlendirilen “*Private Finance Initiative (Özel Sektör Finansman Girişimi)*” ortaya çıkmıştır. İki kavram (PFI-PPP) birbiriyle karıştırılmaya müsaittir. Kapsamı ve ilkeleri daha geniş ilişkileri kapsayan PPP’nin bir çeşidi olarak PFI ortaya çıkmıştır⁴.

Kamu özel işbirliği modellerinin dünyadaki ilk uygulamalarının Amerika’da geniş uygulama alanı bulan “*Ortak Girişim (Joint Venture)*” uygulamaları, İngiltere’de 1992 yılında John Mayor tarafından başlatılan “*Özel Finans Girişimi (Private Finance Initiative-PFI)*” modeli ve Blair dönemindeki “*En İyi Değer (Best Value)*” projelerinin olduğu ifade edilmektedir⁵.

İngiltere’de PFI’nin temel hedeflerinden biri, merkezi ve yerel hükümet düzeyinde daha sıkı kamu-özel sektör ilişkilerini geliştirmek olmuştur. PFI’nin ana ilkeleri; özel sektörden elde edilecek yönetim ve diğer faydalar neticesinde, daha yüksek finansman maliyetini kaldıracabileceği temeline dayanarak paranın karşılığının/değerinin elde edilmesi (Value for Money) ve riski en iyi yönetebilecek olan tarafa riskin

XIII, “*Kamu Özel Sektör İşbirliği Çerçevesinde BT Alım Yöntemleri, Nihai Rapor, Nisan 2011*”, s. 39, <http://www.tbd.org.tr>, e.t. 18.02.2013; Ayrıca PPP ile ilgilenen ülke sayısındaki artışın şemasal görünümü için bkz. HARRIS, Stephen, “*PPP: Key Measures for Government Based on UK and International Experience*”, **Uluslararası PPP Zirvesi ve Sempozyumu**, Ankara, 2006.

⁴ DYTON, Richard / BAVISHI, Raj (Simmons&Simmons), **İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri**, London&İstanbul, 2008, s. 11.

⁵ ÇELİK, F. Eda, “*Hizmet Sunumuna Katılım ve Kamu Özel Ortaklıkları*”, s. 1, www.yayed.org/uploads/yuklemeler/inceleme-21.pdf, e.t. 21.02.2013; KERMAN, Uysal / ALTAN, Yakup / AKTEL, Mehmet / EKE, Erdal, “*Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması*”, **SDÜİİBFD.**, Y. 2012, C. 17, S. 3, s. 4; UZ, Abdullah, “*Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP), (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)*”, **GÜHFD.**, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1172-1173: “*AB üyesi ülkeler, PPP uygulamasının yaygınlığı ve tecrübe bakımından üç kategoride değerlendirilmektedir: Birinci grupta İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya gibi PPP uygulamasında ileri düzeyde olan ülkeler (advanced PPP adopters); ikinci grupta İspanya, Portekiz, bir ölçüde Hollanda gibi PPP uygulamaları orta düzeyde olanlar (intermediate PPP adopters); son olarak da Lüksemburg, İsveç, Belçika ve Yunanistan gibi, PPP uygulamasına -belli sektörler hariç- geç başlayanlar (latecomers)*”.

reel olarak aktarılabilmemesinin sağlanmasıdır. 1997 yılında İşçi Partisi'nin iktidara geçmesine kadar gelişimi yavaş olan PFI'ler, söz konusu partinin kamu özel sektör projelerinin üretimini ve etkinliğini artırma çabaları sonucunda gerçek hızına ulaşmaya başlamıştır. Bu gayretin bir sonucu olarak PFI'lerin gelişimini hızlandırmak ve rehberlik hizmeti sunmak üzere PFI Hazine Çalışma Grubu (taskforce) oluşturulmuştur. 1998 yılına gelindiğinde PFI, bazı değişikliklerle birlikte yerini PPP'ye bırakmıştır⁶.

B. Kamu Özel İşbirliği (PPP) Kavramı

Public Private Partnerships, yani kamu özel işbirliğinin açıkça kabul edilen bir tanımı olmamakla⁷ birlikte, kamu özel işbirliği kavramının tanımlanması noktasında görüş ayrılığı da yaşanmaktadır. Bir kısım yazarlar PPP'nin idare tarafından kullanılan bir araç olduğunu savunurken bir kısım yazarlar da bu tabirin bir kelime oyunundan ibaret olduğunu ifade etmişlerdir⁸. Hatta Public Private Partnerships⁹ ifadesinin Türkçe karşılığında da bir birlik sağlanmış değildir. Söz konusu ifadenin içerik tartışmasına geçilmeden önce Türkçe kavram belirlenmesinde de tartışmalar yapılmaktadır. PPP müessesinin karşılığı olarak “Kamu Özel Sektör İşbirliği (KOSİ)”¹⁰, “Kamu Özel İşbirliği (KOİ)”¹¹, “Kamu Özel

⁶ KEŞLİ, Ahmet T., **(Kamu Özel İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuku Rejimi**, İstanbul, 2012, s. 42.

⁷ BULT-SPİERİNG, Mirjam / DEWULF, Geert, **Strategic Issues in Public-Private Partnerships**, Blackwell Publishing, 2006, s. 16; BUDAUS, Dietrich / EICHORN, Peter (drl.) **Public Private Partnership. Neue Formen Öffentlicher Aufgabenerfüllung**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, s. 40.

⁸ GREVE, Carsten / HODGE, Graeme, **The Challenge of Public-Private Partnerships**, UK, 2005, s. 4. Söz konusu yazarlar PPP kavramının “özelleştirme” ve “sözleşme dışı” gibi “kötüleyici” ifadeleri kullanmak istemeyen kişilerin ortaya çıkarmış oldukları bir kavram olduğunu dile getirmişlerdir.

⁹ KEŞLİ, s. 40-41: “Somut bir PPP projesinden söz edildiğinde “s” takısı olmadan Public Private Partnership ifadesinden bahsedilebileceği, sektör ya da bilimsel alan ifade edilmek isteniyorsa Public Private Partnerships biçiminde kullanımın daha doğru olacağı ifade edilmektedir”.

¹⁰ SARISU, Ayhan, **Kamu&Özel İşbirlikleri, (Public&Private Partnerships-PPP)** Ankara, 2009, s. 137; SARISU, Ayhan, “*International PPP Platform Turkey As Başkanlığı Sunumu*”, **İnternational PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri**, Ankara-İstanbul, 2008, s. 41; KEŞLİ, s. 42.

*Ortaklığı (KÖO)*¹², “*Kamu Özel Sektör Ortaklığı (KÖSO)*”¹³, “*Kamu Özel Ortaklığı Modeli (KÖOM)*”¹⁴ ve hatta “*eksik imtiyaz*”¹⁵ kavramları kullanılmaktadır.

Esasında bu ifadelerin tamamı PPP kavramına karşılık gelmesi için kullanılmaktadır. Terimsel karşılık bulunmada farklılaşmaya gidilse de içerik olarak aynı şey ifade edilmektedir. Öğretideki yaklaşımlarda göz önüne alındığında hepsi aynı anlama gelen ama farklı tabirlerle ifade edilen PPP modelinden çalışmamızda bahsedilirken tek bir kavram tercih edilmeyip tüm kavramlar metin içerisinde kullanılmaya çalışılmıştır. Bunun sebebi öğretide yer alan birbirinden farklı gibi gözükken ama aynı şeyi ifade eden bilimsel çalışmaları kapsayacak bir çalışma ortaya koyabilme kaygısıdır.

Avrupa Birliği düzeyinde kapsayıcı bir PPP tanımına yer verilmeyip, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi ve/veya hizmetlerin sunulması konusunda kamu idareleri ile özel sektör arasında gerçekleştirilen farklı sözleşme türlerini içine alan bir çeşit “*şemsiye kavram*”¹⁶ olarak kullanılmıştır¹⁷.

Bir başka ifadeyle, kamu özel ortaklığı modeli kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan temini ile tüm hizmet temininin özel sektör

¹¹ ATASOY, Hidayet, **Kamu-Özel İşbirliği ve Türkiye’de Belediyelerin Altyapı Projelerinin Finansmanında Uygulanabilirliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Şubat 2011, s. 86.

¹² GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2012, s. 464; KARAHANOGULLARI, Yiğit, “*Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi*”, **AÜSBFD.**, C. 67, No. 2, 2012, s. 97.

¹³ ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge, “*Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine*”, **Maliye Dergisi**, S. 162, Ocak-Haziran 2012, s. 155.

¹⁴ ACARTÜRK, Ertuğrul / KESKİN, Sabiha, “*Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli*”, **SDÜİBFD.**, Y. 2012, C. 17, S. 3, s. 27.

¹⁵ KARAHANOGULLARI, Onur, “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, **AÜSBFD.**, C. 66, No. 3, 2011, s. 180.

¹⁶ UZ, s. 1171; National Council for Public-Private Partnerships-NCPPP, **For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships To Meet America’s Essential Needs**, Washington DC, ABD, 2002, s. 4.

¹⁷ Yazara göre, literatürde PPP, PFI, PSP, PPSP, P3s, 3P, Concession, DBOT gibi farklı terminolojilerle ifade edilen kamu özel ortaklığının aslında yeni bir uygulama olmadığı, sadece yeni bir üst kavram olduğu ifade edilmektedir. (UZ, s. 1168.)

aracılığı ile yapılması arasındaki yelpazede yer alan, devlet ve özel sektörün birlikte katılımını içeren tüm mal ve hizmet sağlama modellerini içeren bir “üst kavram” olarak tanımlanabileceği ifade edilmiştir¹⁸. Aynı doğrultuda olan bir başka görüşe göre de, kamu hizmetlerinin idarece klasik yollardan gördürülmesiyle, tüm hizmet temininin özel sektör aracılığıyla ifası arasındaki yelpazede kalan, devlet ve özel sektörün ortaklaşa katılımını içeren tüm mal ve hizmet sağlama yöntemlerini içeren bir “üst kavram” olarak ifade edilmektedir. Ayrıca PPP projelerin niteliğine, kamu ve özel sektörün projeye katılım dereceleri ve taraflar arasındaki farklı risk dağılımına bağlı olarak çok değişik şekillerde ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir¹⁹.

2005 yılından itibaren DPT Müsteşarlığı tarafından PPP yöntemini kullanan kurum ve kuruluşların katılımıyla uygulamaya geçirilen projeler, edinilen tecrübeler, karşılaşılan problemler, uygulanabilecek yeni modeller ve çözüm önerileri hakkında çözümler üretilmeye çalışılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda ihtiyaçlar değerlendirilip, PPP yönteminin uygulanabileceği tüm sektör ve modelleri kapsayacak şekilde bir çerçeve kanunu taslağı hazırlanmış ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerine iki defa başvurulmuştur. Ayrıca, taslak metin DPT Müsteşarlığının internet sitesinde de yayımlanıp görüşler elde edilmeye çalışılmıştır. 2007 yılında söz konusu taslak tamamlanmakla birlikte kanunlaşamamıştır. 2009 yılı sonuna yaklaşıldığında nihai olarak “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı*”²⁰ adıyla yeni bir

¹⁸ Türkiye Bilişim Derneği, **Kamu Bilişim Platformu XIII**, s. 40; KİLCİ, Metin, “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmede Yeni Yaklaşım: Özel Sektör Kamu Sektörü İşbirlikleri”, **Uluslararası KÖSİ (PPP) Zirvesi ve Sempozyumu**, Tebliğ, 15.09.2006, Ankara, s. 1.

¹⁹ TEKİN, Ali Güner, T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Daire Başkanı, “*Kamu-Özel İşbirlikleri / Ortaklıkları (PPP) & Türkiye Deneyimi*”, Mayıs, 2008, ppt sunumu, s. 3, www.oib.gov.tr, e.t. 19.02.2013.

²⁰ Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı, ekutup.dpt.gov.tr/haber/ahd/ahd.asp, e.t. 20.02.2013. Söz konusu taslakta kamu özel işbirliği ve kamu özel işbirliği modeli şu şekilde tanımlanmıştır. Madde 3: “(1) Bu

metin oluşturulmuştur²¹. Kamu özel işbirliği modelini kapsayacak genel nitelikte bir kanun düzenlenememekle birlikte 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile sağlık kamu hizmetinde uygulanabilecek bir PPP kanunu çıkarılmıştır.

Kamu özel ortaklığına ilişkin Türk hukukunda genel bir mevzuat bulunmamakla birlikte öğretilerde bu kavramın tanımlanması konusunda farklı ifadeler kullanılmıştır. Hatta bu kavramın tanımlanması uluslararası hukukta da yasal bir çerçeveye konulamamıştır. PPP modellerinin yaygınlaşması ve hızla gelişmesi sonucu Avrupa Komisyonu bu modellerle ilgili çalışmalar yapmış ve bunun sonucunda Nisan 2004'te kamu sözleşmeleri ve imtiyazları ile ilgili ilkelerin belirlendiği “Yeşil Kitap (*Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*)” ve Haziran 2004'te de kamu özel ortaklığı örnek olayları ile ilgili “Kaynak Kitap (*Resource Book on PPP Case Studies*)” yayınlamıştır²².

“Yeşil Kitap (Green Paper)”ta kamu özel işbirliği kavramının topluluk düzeyinde tanımlanmamış olduğu, tasarı niteliğinde genel olarak PPP'nin bir hizmetin sunumu ya da altyapının finansmanı, yapımı, yenilenmesi, işletilmesi, bakımını sağlamak amacıyla kamu otoriteleri ve

Kanunda geçen; a) Kamu-Özel İşbirliği (KÖİ): 2 nci maddede belirtilen yatırım ve hizmetlerin maliyet, risk ve getirilerinin, idareler ve özel sektör arasında bu Kanunda öngörülen modeller çerçevesinde paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesini, b) Kamu-Özel İşbirliği Modeli: KÖİ'yi gerçekleştirmek üzere, bir projenin tasarımı, finansmanı, yapımı ve işletilmesi ile mevcut bir yatırımın yenilenmesi, kiralanması, geliştirilmesi, bakım-onarımının yapılması ve işletilmesinde özel sektör katılımının sağlandığı yöntemlerini, ifade eder”.

²¹ GÜNGÖR, Harun, **Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Değerlendirme**, Planlama Uzmanlığı Tezi, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Yayın No. 2831, Sosyal Sektörler ve Koordinasyonlar Genel Müdürlüğü, Ekim, 2012, s. 103.

²² BUTTON, Maurice, (edt.), **A Practical Guide to PPP in Europe**, B. 1, City & Financial Publishing, Surrey, İngiltere, 2006, s. 212.

iş dünyası arasında işbirliği kurulmasına ilişkin yöntemleri işaret ettiği ifade edilmektedir²³.

Bu tanımlamadan sonra AB komisyonu PPP'lerin dört temel belirleyici özelliğine vurgu yapmaktadır. İlk olarak; planlanan bir projenin farklı aşamalarında bir kamu ortağı ile bir özel ortağın işbirliğini gerektiren uzun vadeli ortaklık ilişkisi gerektirdiği, ikinci olarak; bir projenin, kısmen özel sektör tarafından, bazen çeşitli aktörler arasında yapılacak kompleks düzenlemeler yolu ile finanse edileceği, üçüncü olarak; projenin farklı aşamalarında görev alan (tasarım, yapım, uygulama, finansman) ekonomik aktörün önemli rolü belirtilmiştir. Bu kapsamda kamu ortağı temel olarak kamu yararı, sunulan kamu hizmetlerinin kalitesi ve fiyat politikası konusunda erişilmesi gereken hedeflerin belirlenmesi noktasında odaklanıp, yapılan işlerin hedeflere uygunluğunun denetlenmesi sorumluluğunu üstlenmektedir. Son olarak; kamu ortağı ve özel ortak arasında risklerin dağılımında, riskin genelde üstlenen taraf olan kamu ortağından özel ortağa kaydırılması unsuruna vurgu yapılmıştır. Fakat özel ortağın tüm riski üstlenmesi hatta projenin içerdiği riskin büyük kısmını yüklenmesi gerekmemekle birlikte, riski kimin üstleneceğine ilişkin karar, ortakların söz konusu riski değerlendirme, kontrol edebilme ve üstesinden gelebilme yeteneği doğrultusunda projeden projeye farklılık arz etmektedir²⁴.

Kamu özel ortaklığı kavramı ile ilgili olarak doktrinde yer alan bazı tanımlamalar şöyledir;

Kamu özel ortaklığı *“kamu ile özel sektör arasında bir malın veya hizmetin topluma sunulması için yapılan kurumsal ve sözleşmeye dayalı bir işbirliği”* dir. Bu işbirliğinde reel bir ortaklık ilişkisini mevcudiyeti ve

²³ **Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, paragraf 1, s. 3.

²⁴ **Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions...**, paragraf 2, s. 3.

özel sektöre yeterli oranda riskin devredilmesi gibi iki belirgin özellik bulunmaktadır²⁵.

Bir başka tanımlamaya göre kamu özel işbirliği, kamu hizmeti olarak öngörülen ve devletten başka kimsenin yapamayacağı düşünülen, devletin bütünüyle çekilmek istemediği ve devletin katılımı olmaksızın özel sektörün tek başına üstlenmekten çekindiği hizmetlere özel sektörün katılımını sağlamak ve böylece devletlerin temel çıkmazı haline gelen finansman sorununu çözmek amacıyla geliştirilen bir modeldir²⁶.

Yine başka bir tanımlamada kamu özel ortaklığı, alt ve üst yapı projelerinin uygulanabilmesi amacıyla özellikle; çevre, konut, ulaşım, su, kanalizasyon ve katı atık yönetimi konusunda kamu ile özel sektörün projelerin finansmanına ilaveten, işletme ve yönetimi konusunda da işbirliği yaptığı proje olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan söz konusu model; yap-işlet-devret, gelir hâsılat paylaşımı, işletmenin devri, gelir ortaklığı senedi gibi yöntemlere çok benzeyen bir finansman modeli olduğu ve bu anlamda yeni bir uygulama olmadığına vurgu yapılmaktadır. Bu kavramın, söz konusu yöntemleri de kapsayan ama uygulama, işletme, yönetim ve risk paylaşımı gibi konularda yeni yaklaşımlar getiren bir finansman modeli olduğu ifade edilmektedir²⁷.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı da; “*PPP gelecekte yapılacak kamu yatırımlarının bugünden özelleştirilmesidir*” şeklinde kamu özel ortaklığını açıklamaya çalışmıştır²⁸.

Uluslararası alanda da kamu özel ortaklığı şu şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Uluslararası Para Fonu'na (IMF) göre kamu özel ortaklığı,

²⁵ JOYNER, Kate, “*Dynamics Evolution in Public-Private Partnerships, The Role of Key Actors in Managing Multiple Stakeholders*”, **Managerial Law**, Volume 49, No. 5/6, 2007, s. 207.

²⁶ EKER, Ali Yıldırım, “*Kamu Özel Sektör Ortaklıkları*”, **Bütçe Dünyası Dergisi**, Bahar-2007, C. 2, S. 25, s. 60.

²⁷ GÜLEN, Fikret, Özelleştirme, “*Yap-İşlet-Devret, Kamu Özel Sektör İşbirliği*”, <http://www.yayed.org/id81-incelemeler/ozelleştirme-yap-islet-devret-kamu-ozel-sektor-isbirligi.php>, e.t. 19.02.2013.

²⁸ T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, **2009-2012 Strateji Raporu**, Ankara, 2008, s. 9.

“... geleneksel olarak kamu tarafından sağlanan altyapı varlıklarının ve hizmetlerin özel sektör tarafından sunulmasına yönelik düzenlenmeler”²⁹ iken Avrupa Yatırım Bankası’na göre (EIB) “... genellikle özel sektör kaynaklarının ve/veya uzmanlığının kamu sektörü varlıklarının ve hizmetlerinin sunulmasında kullanılabilmesi amacıyla özel sektör ve kamu sektörü arasında oluşan ilişkiler”³⁰, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’ne (OECD) göre ise kamu özel ortaklığı “devletle bir veya daha fazla özel ortağın (işletmecileri ve finansman sağlayıcıları kapsayabilir), devletin hizmet sunum amaçları ve özel sektörün kâr etme amacıyla uzlaştırarak hizmetin özel sektör tarafından sunulmasının düzenlendiği ve bu uzlaşmanın etkinliğinin özel sektöre yeterli risk transferine bağlı olduğu bir anlaşma”³¹ olarak ifade edilmektedir.

Bir başka görüşe göre de kamu özel ortaklığı, devletin hizmet sunum amaçlarıyla özel sektörün kâr etme amacının özel sektöre yeterli risk transferine bağlı olduğu, hizmetin özel sektör tarafından sunulduğu, devletin bir veya daha fazla özel sektör tarafıyla yaptığı sözleşme olarak tanımlanabilir³².

Ayrıca “Kamu özel ortaklığı, devletin bir özel şirket grubuyla uzun süreli (49 yıla kadar) sözleşme ilişkisi kurması esasına dayanan bir yatırım ve hizmet modelidir. Bu sözleşmenin konusunu, kamu hizmeti verilecek tesisin (hastane, okul, hapisane, otoyol vb) özel şirketler tarafından inşa edilerek devlete kiraya verilmesi, devletin de hem şirketlere kira ödemesi hem de bu tesiste verilecek “çekirdek hizmet”

²⁹ IMF, **Public Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk**, Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, Washington DC, 2006, s. 1.

³⁰ EIB, **The EIB’s Role in Public-Private Partnerships (PPPs)**, European Investment Bank, Luxembourg, 2004, s. 2.

³¹ OECD, **Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money**, 2008, s. 12.

³² CORNER, David, “*The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk*”, **OECD Journal on Budgeting**, Volume 5, Number 3, 2006, s. 40.

dışındaki hizmetleri bu şirketlere devretmesi oluşturmaktadır”³³ şeklinde de ifade edilmektedir.

Bu çalışma kapsamında kamu özel işbirliği şu şekilde tanımlanabilir. Bir kamu tüzel kişinin kaliteli kamu hizmeti vermektan finansal veya teknik eksiklikler yüzünden çekindiği alanlara ilişkin olarak, özel hukuk tüzel kişisiyle uzun vadeli, yapılan sözleşme uyarınca hizmet inşası ve sunumunda paylaşım gittiği bir akittir.

Son olarak da kamu özel işbirliği en geniş haliyle, bir kamu tüzel kişisi ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine yapılan, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını konu alan ve bunun karşılığında kamu tüzel kişinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesinin taahhüt edildiği bir sözleşme olarak ifade edilebilir³⁴.

C. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Hukuksal Statüsü

Kamu özel işbirliği modelinin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olduğu ayırımına geçmeden önce terimsel tartışmayı biraz daha açmak gerekir. Şöyle ki; doktrinde özel hukuk kişisiyle idare arasındaki söz konusu bu birlikteliğin işbirliği mi ya da ortaklık mı olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır.

Bazı eleştirilerde PPP’de “işbirliği” teriminin kullanılmasına karşı çıkılıp, işbirliğinde tarafların aynı amaçla bir araya geldikleri ancak PPP’de kamu ve özel sektörün aynı amacı taşımadıkları ileri sürülmektedir. Başka bir ifadeyle, özel hukuk tüzel kişisi kâr etme amacını taşıırken, idare hizmet götürme amacındadır. Ancak bu eleştirilerdeki işbirliği tanımının dar kapsamlı olduğu da savunulmaktadır. Daha geniş bir tanımda işbirliğinin, yalnızca tarafların aynı amacı taşıdıkları değil, aynı zamanda farklı amaçları olsalar da bu amaçlarını diğer tarafın da amacına ulaşmasıyla gerçekleştirebilecek oldukları

³³ ERBAŞ, Özgür / YAVUZ, Cavit Işık / İLHAN, Bayazıt, **Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı**, B. 1, Aralık 2012, Ankara, s. 8.

³⁴ GÖZLER / KAPLAN, s. 464.

durumları da ihtiva ettiği söylenmektedir. Yani bir PPP sözleşmesi özel sektörün kârını maksimize etmesi için hizmeti etkin ve verimli bir şekilde sunmasını gerektiriyorsa, bu sözleşmenin her iki tarafının da amaçlarına ulaşabildiği bir işbirliği olduğu ileri sürülmektedir³⁵.

Yine kamu özel ortaklığı modelinin kamu hizmeti alanını yeniden düzenlenmesine ilişkin bir öneri olduğu kabul edildiğinde, modelin getirdiği en önemli değişikliğin, “eşitler arası ilişki” veya “yöneten-yönetilen ayrımı yerine birlikte yönetme ilkesi” olduğu ileri sürülmektedir³⁶.

Bir başka görüşe göre de içerik açısından önceki piyasa uygulamalarından bir farklılık taşımayan PPP modelinin dostça görünen “işbirliği”, “dayanışma”, “birliktelik” ve “paylaşım” gibi vurguları içeren ortaklık sözcüğü ile adlandırılması onun piyasa değerleriyle olan yakınlığını örten bir işlev görmektedir. İşbirliği ya da ortaklık biçimleri her yönetsel kültürün içinde farklı biçimleriyle var olmakla birlikte ele aldığımız kamu özel ortaklığı modelinin tamamıyla Anglo-Sakson menşeli olduğu savunulmaktadır³⁷.

Kamu özel ortaklığı uygulamalarında, hizmetin sağlanması noktasına kadarki bütün aşamalar kamu ile özel kesim arasında bir işbirliği anlayışıyla yerine getirilmektedir³⁸.

Kamu özel ortaklığı anlayışının, “kamu idareleri ile piyasa aktörlerinin piyasa mekanizmasını düzenleyen özel hukukta olduğu gibi tüzel kişiler arası bir ortaklık kurmasını sağlayacak bir model önerisi” olduğu da dile getirilmiştir³⁹.

³⁵ OECD, s. 13.

³⁶ BAYRAMOĞLU, Sonay, **Yönetişim Zihniyeti: Türkiye’de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü**, İstanbul, 2005, s. 33.

³⁷ JORNA, Frans / WAGENAAR, Pieter / DAS, Enny / JEZEWSKI, Jan, “Public-Private Partnership in Poland: A Cosmological Journey,” **Administration & Society**, Volume/Issue: 42/6, October 2010, s. 672; KARASU, Koray, “Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı”, **AÜSBFD.**, C. 66, No. 3, 2011, s. 220.

³⁸ ATASOY, s. 95.

³⁹ ÇELİK, s. 3.

Türk hukukunda ortaklık kavramına bakıldığında genel olarak ortaklığın⁴⁰, bir amaç etrafında örgütlenmiş kişi topluluklarını ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir. Ortaklık, müşterek bir amacın gerçekleşmesine yardım eden kişi birliğidir ve bu müşterek amaç, sosyal veya ekonomik olabilir. Fakat ortaklıklar hukukunun konusunu iktisadi ticari ve sınaî amaçlar oluşturur. Türk hukukunda ortaklık, BK ve TTK'da düzenlenmiştir. Ortaklık bir sözleşme ile kurulmaktadır⁴¹.

Eski BK'nın⁴² 520. maddesinde, ortaklık sözleşmesinin genel tanımı “*Şirket bir akittir ki, onunla iki veya daha ziyade kimseler saylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam eder*” şeklinde ifade edilmişken, yeni BK'nda⁴³ ise “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*” şeklinde yer almıştır. TTK'da ise “*ortaklık*” kavramının genel tanımına yer verilmemiş olup sadece ortaklık türleri ve bunlara ilişkin esaslara yer verilmiştir.

Bu değerlendirme açısından bakıldığında PPP'nin bir ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gereklidir. Şöyle ki; idare hukukunun finalist niteliği gereği idare tarafından tesis edilecek tüm idari işlemlerin kamu yararını gerçekleştirmek için yapılması gerekir. Böylelikle devlet genel amaç olan kamu yararı dışında ayrıca özel amaç olarak öngörülmedikçe kâr etme amacıyla hareket edemez⁴⁴. Ama özel sektör PPP anlaşmasına kâr etme amacı güderek girmektedir. Ortaklık

⁴⁰ Türk Ticaret Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda ortaklık yerine “*şirket*” teriminin kullanımına rastlanmaktadır. Yabancı menşeli olan “*şirket*” birden çok ortağa işaret etmektedir. “*Şirket*” kelimesinin Türkçesi “*ortaklık*”tır. Mevzuatta ve doktrinde “*ortaklık*” kavramı da yaygın bir biçimde kullanılmaktadır.

⁴¹ SAYIN, Hediye, **Tek Kişilik Ortaklık**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ağustos, 2008, s. 3.

⁴² Kanun Numarası: 818, Kabul Tarihi: 22.04.1926, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 29.04.1926, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 359.

⁴³ Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 4.02.2011, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 27836.

⁴⁴ YILDIRIM, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri II**, Konya, 2012, s. 64-65; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara-İstanbul, 2012, s. 409-412; GÖZLER / KAPLAN, s. 366.

kavramına bakıldığında hem eski hem de yeni Borçlar Kanunu'nda ortak amaç unsuruna vurgu yapılmaktadır. PPP taraflarının amaçları farklı olmasından dolayı bu birlikteliğin ortaklık⁴⁵ olarak kabul edilmesinin mümkün olamayacağı kanaatindeyim.

Söz konusu tespit bu şekilde yapılmakla birlikte doktrinde ki yaklaşımlarda göz önüne alınarak tek bir kavram üzerinden gitmek yerine hepsi aynı anlama gelen ama farklı tabirlerle ifade edilen PPP modelinden bahsedilirken tüm kavramlara yer verilecektir. Aslında tercih edilen bu yöntem doktrinde yer alan tüm görüşleri yansıtmak aynı zamanda da devlet tarafından da kullanılan PPP modeline karşılık gelen ama farklı kavramlarla ifade edilen⁴⁶ durumların aynı nitelikteki kavramlar olduğunu göstermek amacıyla da yapılacaktır.

Kamu özel ortaklığı sözleşmesinin idari bir sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusu da tartışmalıdır. Öncelikle bu tartışma söz konusu modelin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme yöntemlerini kapsayan bir üst başlık olarak kabul edilmesinden dolayı ortaya çıkmaktadır. Bir diğer sebep ise PPP modelinin birbirinden birçok noktada ayrılan çeşitlerinin olmasından kaynaklanmaktadır.

İster idari sözleşme olarak adlandırılan imtiyaz, iltizam, kamu istikraz, idari hizmet vs. sözleşmeleri olsun isterse özel hukuk sözleşmesi olarak telakki edilen kamu ihale, abonmanlık, yap-işlet, yap-işlet-devret

⁴⁵ Burada unutulmaması gereken bir başka konu ise bu değerlendirme özel hukuk hükümleri gereği yapılmıştır. Kamu hukukuna ilişkin ortaklıkla ilgili olarak yasal bir düzenleme mevcut değildir. Yapılan tartışma teknik anlamda “ortaklık kavramı” üzerinedir.

⁴⁶ Sağlık Bakanlığı bünyesinde Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü, Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı kurulmuştur. Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanununun Ek-7'nci maddesine göre 03.07.2006 tarihinde Bakanlar Kurulu'na kararlaştırılan 2006/10655 karar sayılı yönetmelikte öngörülen iş ve sorumlulukları yerine getirmekle görevlendirilmiştir. <http://www.kamuozel.gov.tr/>, e.t. 08.04.2013. Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Daire Başkanlığı'nın ismi bu şekilde belirlenirken, 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da söz konusu PPP modeli Kamu Özel İşbirliği olarak adlandırılmıştır, <http://www.tbmm.gov.tr/>, e.t. 08.04.2013.

sözleşmeleriyle devlet özel hukuk tüzel kişileriyle sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşmelerin hangi yargı koluna girdiğinin tayini ise; Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasında yer alan “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir” hükmü gereğince belirlenmektedir.

İdari bir sözleşmeden bahsedilebilmesi için taraflardan en az birisinin idare olduğu, kamu hizmetinin yürütülebilmesine yönelik ve özel hukuk hükümlerini aşan hükümlerin bulunduğu bir sözleşmenin varlığı gerekir⁴⁷. Kamu özel ortaklığı kavramının tanımı dikkate alındığında söz konusu sözleşmenin idari sözleşme özelliklerini taşıdığından bir idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu sebeple idari sözleşme olarak telakki edilen kamu özel ortaklığı sözleşmelerine idare hukuku hükümlerinin uygulanacağı ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da idari yargıda karara bağlanacağı ifade edilmektedir⁴⁸.

Kamu özel ortaklığı sözleşmesinin idari makamlar tarafından imzalanan özel hukuk sözleşmesi olduğu ve söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin olarak adli yargının görevli olduğu da ifade edilmektedir⁴⁹.

Söz konusu bu tartışma kamu özel ortaklığı modelinin yer aldığı yasal düzenlemelerle açıklığa kavuşturulacaktır. Şöyle ki; Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı'nın

⁴⁷ YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s. 86; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 452; GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2006, s. 910; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C. 1, Ankara, 2010, s. 569.

⁴⁸ GÖZLER / KAPLAN, s. 464; KARAHANOGULLARI, s. 199; GÜNEŞ, Ahmet M., “Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem Kamu Özel Ortaklığı”, **Güncel Hukuk**, Şubat 2009 / 2-62, s. 59; KERMAN / ALTAN / AKTEL / EKE, s. 3.

⁴⁹ UZ, s. 1181; GÜZELSARI, Selime, “Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, **Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Yayın No. 598, s. 46.

tanımlar başlıklı 3/e maddesinde uygulama sözleşmesinin, yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak, idare ile ihaleyi kazanan şirket veya ortak girişim arasında özel hukuk hükümlerine göre akdedilen yazılı anlaşmayı ifade edeceği öngörülmektedir. Söz konusu kamu özel ortaklığına ilişkin genel nitelikli bu düzenleme hala kanunlaşmamıştır. 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile sağlık kamu hizmetine ilişkin olarak yapılacak kamu özel ortaklığı sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı⁵⁰ düzenlenmiştir.

İdare tarafından yapılacak olan sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejim kanun koyucu tarafından belirlenmek suretiyle söz konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi mi idari sözleşme mi olduğu düzenlenebilmektedir⁵¹. Nitekim 6428 sayılı Kanun'da böyle bir düzenleme bulunmaktadır. Hal böyle olunca sağlık kamu hizmetine ilişkin olarak yapılacak kamu özel ortaklığı sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabulü söz konusudur.

Fakat daha önce de belirtildiği üzere kamu özel işbirliğini düzenleyen genel bir yasa bulunmamasından dolayı, yapılacak olan her kamu özel işbirliği sözleşmesinin de peşinen özel hukuka tabi olduğu sonucuna varılamaz. Hatta kamu özel işbirliği modeli kavramından

⁵⁰ **6428 sayılı Kanun 1. madde:** “Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.”; **6428 sayılı Kanun 4. madde:** “Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir”.

⁵¹ GÖZLER / KAPLAN, s. 451.

hareketle söz konusu sözleşme hakkında özel bir düzenleme bulunmadıkça bu sözleşmenin idari sözleşme⁵² olarak telakki edilmesi gerekir.

Burada belirtilmesi gereken diğer bir konu ise, ihale öncesindeki uyuşmazlıkların idari yargıda, ihale sonrası uyuşmazlıkların özel hukuk sözleşmesi olduğu için adli yargıda karara bağlanacağıdır⁵³.

D. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Benzer Kurumlardan Farkları

1. Özelleştirmeden Farkı

Kamu özel işbirliği modelinin, kamu borçlanmasına konan sınırlamalar ile özelleştirmeye olan negatif bakış açısından dolayı, “özelleştirme” kavramına bir alternatif olarak geliştirilmiş olduğu ifade edilmektedir. Kamu özel ortaklığı kavramıyla özelleştirme kavramına göre daha pozitif bir yaklaşım oluşturulup özel sektörün kamu hizmetlerinde pazar payını arttırma amacının olduğu belirtilmektedir⁵⁴.

Özelleştirme ile kamu özel ortaklığı modelinde devletin üstlendiği roller birbirinden farklıdır. Dar (teknik) anlamda özelleştirmede, devletin rolü aktörlükten düzenleyen ve denetleyen bir konuma dönüşmekte, bu anlamda regule eden bir konumda bulunup ekonomik kolluk olarak faaliyet göstermekte iken, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde idarenin denetim ve gözetim yetkisi kolluk yetkisi niteliğinde olmayıp, hizmetin nihai sorumluluğunu üstlenen durumdadır⁵⁵.

Kamu özel ortaklığının özelleştirmeden diğer farkının “özelleştirmede, mevcut kamusal varlıkların özel sektöre devri, kamu özel sektör işbirliği modelinde ise gelecek kamusal varlıkların özel sektöre devri”⁵⁶ olduğu ifade edilmektedir. Fakat bu görüş kamu özel ortaklığında bir mülkiyet devrinden bahsedilemeyeceği, sadece belirli bir süreliğine

⁵² GÖZLER / KAPLAN, s. 464.

⁵³ YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri I**, s. 381.

⁵⁴ KASAPOĞLU TURHAN, Mine, “Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu**, 6-7 Mayıs 2011, s. 103.

⁵⁵ UZ, s. 1168.

⁵⁶ KASAPOĞLU TURHAN, s. 103; KILCI, s. 3.

hizmete konu tesisten yararlanma hakkının devrinin söz konusu olabileceği yönünden haklı olarak eleştirilebilir.

Nitekim özelleştirmede söz konusu tesis ve hizmetlerin tamamen özel sektöre geçmesi söz konusu iken, kamu özel ortaklığı modellerinde böyle bir durum en azından her zaman için geçerli değildir⁵⁷.

Nihai olarak kamu özel ortaklığı sözleşmesi bir özelleştirme çeşidi olarak tanımlanamaz. Şöyle ki, özelleştirmede söz konusu işletmenin ya da kamu kurumunun mülkiyeti özel sektöre geçmesine ve bu anlamda özel sektörün söz konusu alanda piyasa koşullarını serbestçe belirleyebilmesine karşın kamu özel ortaklığı ile yapılan kamu hizmeti sunumuna ilişkin uygulamalarda sözleşme usulüne göre hizmet alımı yapıldığından bireysel sermayeler arasındaki rekabet devam etmektedir. Ayrıca hizmet sunumuna ilişkin kişilerin sözleşme süresinin sona ermesinden sonra değişebildiği ve sonuç olarak bir mülkiyet devrinin öngörülmemesi yönüyle kamu özel ortaklığı özelleştirmeden ayrılmaktadır⁵⁸.

2. Kamu İmtiyaz Sözleşmesi'nden Farkı

İmtiyaz sözleşmesi, bir kamu hizmetinin kurulmasının ve kurulduktan sonra belirli bir süreliğine işletilmesinin veya daha önce kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belirli bir süreliğine işletilmesinin karşılığında, bu hizmetten yararlanan kişilerden hizmete ilişkin olarak alınacak ücret mukabilinde, her türlü kâr ve zararı imtiyazcı kişiye ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar ve temin edilecek yetkiler dâhilinde bir özel kişi tarafından ifasını öngören idari nitelikte bir sözleşmedir⁵⁹. Başka bir ifadeyle, kamu hizmetlerinin, özel hukuk tüzel kişisi olan anonim şirket statüsündeki bir imtiyazcı tarafından, idare ile imzalanan sözleşme gereği, her çeşit gider, sermaye, kâr, zarar ve hasarı

⁵⁷ UZ, s. 1168; KERMAN / ALTAN / AKTEL / EKE, s. 4.

⁵⁸ CEBECİ, Ayşe, "Kamu Özel Ortaklığı ve Koordinasyonu Sağlayan Kurum Olarak YOİKK", *Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu*, 6-7 Mayıs 2011, s. 99; ACARTÜRK / KESKİN, s. 31.

⁵⁹ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, İstanbul, 1966, s. 536-540.

imtiyazcıya ait olmak koşuluyla uzun süreli olarak gördürülmesini amaçlayan bir idari sözleşme çeşididir⁶⁰.

Bu tanımlamalardan hareket edilirse öncelikle imtiyaz sözleşmesi idari bir sözleşme olarak kabul edilirken, kamu özel ortaklığı kanun koyucunun tutumuyla özel hukuk sözleşmesi olarak kendini göstermektedir.

Kamu özel ortaklığı uygulamalarının mahiyetinde kamu sektöründe verilen bir imtiyaz bulunmaktadır. Ancak bu imtiyaz unsuru, kamu imtiyazlarından farklıdır. Kamu imtiyazlarında, imtiyaz sahibinin risk konusu, işletilen hizmetten elde ettiği gelire ilişkindir. Ancak kamu özel ortaklığı uygulamalarında, kamu idaresi sadece imtiyaz vermeyip, ayrıca imtiyaz alan kişiye, sözleşme hükümleri çerçevesinde belirli ödemeler de yapmaktadır⁶¹.

Ayrıca kamu hizmet imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı hizmet karşılığında yararlananlardan bir bedel almak suretiyle finansman sağlarken, kamu özel ortaklığında kira karşılığı idareden alınan bedelle finansman elde edilmektedir.

Son olarak, kamu özel ortaklığı sürecinde işletilen tesisler, imtiyaz süresinin sonunda hiçbir bedel ödenmeksizin kamu sektörüne devredilmesine karşın, kamu imtiyazlarında tesisler ancak kamulaştırma veya imtiyaz süresi sonunda satın alma yolu ile kamu sektörüne geçmektedir⁶².

3. Joint-Venture'den Farkı

“Ortak Girişim” olarak Türkçe karşılığı konulan Joint Venture, Türk hukukundaki adi ortaklıklara benzetilmekle birlikte iki ve daha fazla

⁶⁰ YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s. 206; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 459-462.

⁶¹ ERSÖZ, Melis, **Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnership Uygulamaları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 9.

⁶² TAN, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, s. 319, dergiler.ankara.edu.tr/ dergiler/42/457/5215.pdf, e.t. 09.04.2013.

işletme bir araya gelerek, belirli bir amaca ulaşmayı hedef almaktadır⁶³. Bir başka ifadeyle ortak girişim, birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin, belirli bir işi veya süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme etrafında bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsil sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri anlamını taşır⁶⁴.

Kamu özel ortaklığı modellerinde işbirliğinin taraflarından biri işletme iken diğer taraf mutlaka kamu sektörüdür. Ayrıca bir kamu özel ortaklığı modeli ile amaçlanan kâr elde etmekten ziyade altyapı yatırımlarının ve kamu hizmetlerinin en iyi şekilde gördürülmesini sağlamaktır⁶⁵.

Ayrıca kamu özel ortaklığı modelinde tesis, hizmet ve sair değerler özel kişiye devredilemeyeceği için bu işbirliğinin kurumsal PPP olarak kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır⁶⁶.

4. Eser Sözleşmesinden Farkı

11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 470. maddesinde eser sözleşmesi “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır.

Kamu özel ortaklığı modellerinde de projelerine baktığımızda benzer bir şablon gözükmekle birlikte sadece bir eserin meydana getirilmesi amaçlanmadığı aynı zamanda kamu idaresinin özel sektör ile birlikte söz konusu projeyi tasarlayan ve işleyen de olabileceği düşünüldüğünde eser sözleşmesinden farklılaştığı görülmektedir. Bunun haricinde kamu sektörü, yüklenicinin meydana getireceği eser için bir

⁶³ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul 2005, s. 17.

⁶⁴ BARLAS, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul, 1998, s. 188.

⁶⁵ ERSÖZ, s. 9-10.

⁶⁶ KEŞLİ, s. 441.

bedel ödemek yerine karşı tarafa kira karşılığı bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir⁶⁷.

Ayrıca eser sözleşmesinde eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar dışındaki her türlü sorumluluktan kurtulurken, kamu özel ortaklığında yüklenici özel sektör bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımının yanında söz konusu tesisi de hizmet süresince hizmete elverişli halde bulundurmaya taahhüt etmektedir. Bu anlamda hizmet ilişkin tesisin teslimi ve idarenin kabulüyle birlikte sorumluluktan kurtulma söz konusu değildir.

5. Finansal Kiralama (Leasing) Anlaşması'ndan Farkı

Uygulamada leasing anlaşmasının hem çeşitleri hem de tanımlanma çeşitleri farklılık göstermekle birlikte en açık tanımı, European Leasing Association (ELA)'nın benimsediği ve genellikle dünyaca kabul görmüş hali şu şekildedir. *“Finansal kiralama, belirli bir süre için kiralayan ve kiracı arasında imzalanan ve üreticiden kiracı tarafından seçilip, kiralayan tarafından satın alınan bir malın, mülkiyetini kiralayanda, kullanımını ise kiracıda bırakan bir sözleşme olup, malın kullanımı belirli bir kira ödemesi karşılığında kiracıya bırakılmaktadır”*⁶⁸.

Kiralayan (lessor), leasing'i veren kuruluş ya da kişidir. Kiralayan, bir tüzel kişi olabileceği gibi, gerçek bir kişi de olabilir. Kiralayan, kendi malını kiraya verebildiği gibi, başkasından satın aldığı bir malı da kiraya verebilir⁶⁹.

Bilindiği üzere, özel hukukta taraflar bir sözleşmeyi oluştururken ahlaka, adaba ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla istenilen sözleşmeyi yapabilirler. Finansal kiralamada da bu

⁶⁷ ERSÖZ, s. 10.

⁶⁸ ÇAKAN, Cemal **Finansal Kiralama (Leasing) ve Türkiye Uygulaması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 3

⁶⁹ EROL, Ahmet, *“Finansal Kiralama (Leasing)”*, **Mükellefin Dergisi**, S. 77, Mayıs 1999, s. 75.

durum geçerliiyken sözleşmenin bir tarafının kamu idaresi olması sebebiyle kamu özel ortaklığında söz konusu durum geçerli olmayacaktır.

Ayrıca finansal kiralama sözleşmesinin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması dışında ayrıca kanunda başka işlemlerin (tescil, şerh, beyan) de yapılması öngörülmektedir⁷⁰. Kamu özel ortaklığı sözleşmesinin akdedilmesinde ihale usulünün uygulandığı ve tabi olunan hukuk normlarının da farklı olduğu göz önüne alınırsa kamu özel ortaklığı sözleşmesinin sadece bu noktalardan bile leasing sözleşmesinden ayrıldığı söylenebilir.

Son olarak leasing anlaşmasında kiralanan malın mülkiyet hakkı yasal olarak şirkette kalmasına rağmen, kullanma hakkı kiracıya devredilirken kamu özel ortaklığında mülkiyet, kullanma hakkı gibi hakların geçişi farklılık arz etmektedir.

6. Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinden Farkı

Yap-işlet-devret finansman modelinin yasal dayanağını 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'dur. Kanuni tanımı dikkate alındığında yap-işlet-devret modeli, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dâhil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade etmektedir.

Yap-işlet-devret modeli "*Bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kâr gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir idari rejimdir*"⁷¹ olarak ifade edilmektedir.

⁷⁰ BAŞTÜRK, Faruk, "*Finansal Kiralama Sözleşmesinin Şekli ve Tescili veya Şerhi*", AÜHFĐ, Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 102.

⁷¹ DURAN, Lütfi, "*Yap-İşlet-Devret Modeli*", AÜSBFD., 1991, C. 46, S. 1-2, s. 150.

Bilindiği üzere söz konusu modelin genellikle yol, köprü, baraj gibi bayındırlık hizmetlerinde uygulandığı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi finansmanın kullanıcılardan elde edileceği hususları dikkate alındığında kamu özel ortaklığı modelinin karakteristik özelliklerini taşımadığı ve sadece bu açıdan bile iki modelin birbirinden farklı olduğu söylenebilir.

Kamu özel işbirliği modeline en yakın modelin yap işlet devret olduğu fakat kamu özel ortaklık sözleşmesi yapılmasıyla kamunun hizmetin sağlanması üzerindeki kontrolünü kaybetmeyeceği, söz konusu hizmetin özel sektörün hiçbir zaman inisiyatifine bırakılmadan idarenin çizdiği çerçevede ve geleneksel denetim ve sorumluluk süreçlerine göre yapılacak olması açısından ayrı bir yöntem olduğu ifade edilmektedir⁷².

Son olarak PPP sözleşmelerinin kamu ihale sözleşmesi, görevlendirme sözleşmesi gibi sözleşmelerden de farklı olduğu ifade edilmektedir⁷³.

E. Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Etkileri ve Çeşitli Sektörlerde Uygulanabilirliği

1. Beklenen Faydalar

Kamu özel ortaklığı projelerinden beklenen faydalar çok fazla olmakla birlikte genel olarak çerçevesi şu şekilde çizilebilir.

Kamu özel ortaklığı modelinin en önemli faydası, kamu sektörünün proje temelinde bazı yükümlülükleri özel sektöre devrederek risk dağılımı yapılmasına imkân tanınmasıdır⁷⁴.

Kamu özel ortaklığı projeleriyle kamu kesimi, kendi finansal durumunu iyileştirme, kötü durumdaki yerleşim yerlerinin restoresini sağlama, yeni yatırımlar yapabilme, kendi bölgesindeki rekabeti artırma imkânına sahip olurlar⁷⁵.

⁷² SARISU, **Kamu&Özel İşbirlikleri**, s. 181.

⁷³ GÖZLER / KAPLAN, s. 465.

⁷⁴ SARISU, **Kamu&Özel İşbirlikleri**, s. 162-163.

⁷⁵ ERSÖZ, s. 15.

“Kamu özel ortaklığı projelerinin uluslararası düzeyde ilgi ve destek görmesi kamusal fayda yaratılmasında özel sektörün de katkısının yer alması ve dolayısıyla ekonomik kalkınmanın sağlanması olarak gerekçelendirilmekte ve özel sektörün kamu ortaklıklarında dinamizmi, etkin kaynak kullanımı ve hızlı hareket kabiliyetinin, kamunun finansman ihtiyacı ve hantallığına çare olacağına inanılmaktadır”⁷⁶.

Kamu özel ortaklığı projeleri ile kamu sektörü, özel sektörün proje konusu tesislerin tasarlanması ya da hizmetin sunulma yöntemine dair yenilikçi yaklaşımlarından yararlanır. Bu noktada özel sektör girişimci ruhunun kamu hizmetlerinde kullanımı sağlanır⁷⁷.

Ayrıca kamu özel ortaklık modelinin uygulanması sonucunda kamu tarafı için elde edilecek faydalar kısaca *“yeniliklerin hızla uygulanması, özel sektör becerilerinden yararlanılabilmesi, projelerin daha az maliyetle geliştirilmesi, bütçenin kesinliği, ödemelerin sunulan hizmete bağlı olması, yaşam döngüsü maliyeti riskinin özel sektöre bırakılabilmesi, risklerin onları en iyi yönetebilecek tarafa bırakılabilmesi, kamu özel sektör işbirliği işlemlerinin kamu bilançosunda gösterilmemesi, kamu varlıklarının daha iyi kullanılmasının sağlanması, sorumlulukların en uygun biçimde paylaşılması”⁷⁸* şeklinde sıralanmaktadır.

Kamu özel ortaklığının uygulanması sonucunda özel sektör için elde edilecek faydalar kısaca *“özel sektörün sonuca odaklanmasının sağlanması, özel becerilerin geliştirilmesinin özendirilmesi”, hizmetten yararlananlar açısından ise kısaca “ödenen paranın karşılığının alınması, hizmet kalite standardının korunması”⁷⁹* biçiminde ifade edilmektedir.

2. Öngörülen Zararlar ve Karşılaşılabilecek Sorunlar

Öncelikle milli kamu hizmetinin devlet tarafından hizmetin kurulmasından devamına kadar yapılmasında uygulamada birliğin olacağı

⁷⁶ YILMAZ, Ferimah Yusufi / GÜLTEKİN KARAKAŞ, Derya, “Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı'nın Yapısal/Konjonktürel ve Türkiye'ye Özgü Nedenleri”, **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu**, 6-7 Mayıs 2011, s. 32.

⁷⁷ ERSÖZ, s. 16.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARISU, **Kamu&Özel İşbirlikleri**, s. 170-177.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARISU, **Kamu&Özel İşbirlikleri**, s. 172-179.

ve bu yönüyle de hizmetin eşit olarak dağılacığı savunulabilir. Fakat özel sektörün katılımıyla yapılacak bir tesisin ilk başta kamu idaresine mali açıdan bir yükü olmadığı savunulsa da sözleşme süresi boyunca ki uzun süreli olması düşünüldüğünde toplamda devlet bütçesinden aynı miktarda hatta daha fazla⁸⁰ harcamanın yapılacağı ortadadır.

Hizmet alanlarından herhangi birinde örneğin sağlık kamu hizmetinde kamu özel ortaklığı modeline başvurulmasında farklı bir sorun da ortaya çıkabilir. Örneğin ulusal sağlık sistemi içerisinde hastane ihtiyacına karar veren Sağlık Bakanlığının hizmetin gereklerine göre değil de ihtiyaç belirleme ve değerlendirme sistemi göz ardı edilerek karar vermesi durumunda sonraki süreçlerde finansman problemiyle karşılaşılıp hastanelerin kapatılmasına neden olabileceği de savunulmaktadır⁸¹. *“Kamu özel ortaklığı, devletin yeniden yapılanması sürecinde özel sektöre ve sermayeye kamusal bazı hizmetlerin açılarak yeni kârlılık alanları yaratılması sürecinin bir parçasıdır. Bu süreç sağlık alanında geri dönüşümü mümkün olmayan zararlara neden olacaktır”*⁸².

Uygulamada kamu özel işbirliği projelerinin teoride olduğu kadar yoğun bir işbirliği gerektirmeyebileceği savunulmaktadır. Bazı durumlarda, kamu özel işbirliği projelerinin özelleştirme eğiliminde olduğu bu anlamda başarısızlıklara yol açtığı ve negatif bir çağrışım yaptığı da ifade edilmektedir⁸³.

Ayrıca borçlanmanın özel sektöre yapılmasından dolayı kaynak maliyetinin daha yüksek olabileceği ve önce devlet tarafından yapılan

⁸⁰ ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 12 : *“Araştırma sonuçlarına göre kamu özel ortaklığıyla yapılan altyapı yatırımları normal ihale yöntemlerine göre daha pahalıdır. Avrupa Yatırım Bankası verilerine göre yüzde 24 daha pahalı, bu yöntem için alınan krediler ise devlet borçlanmasına göre yüzde 83 fazladır. İngiltere’de ulusal sağlık hizmetleri alanında Şubat 2008’de imzalanan toplam 93 sözleşmenin toplam yatırım tutarı 10 Milyar Sterlin’in biraz üzerindedir”*.

⁸¹ PRICE, David, *“Dünyada Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı: Kavram ve Değişimler”*, Konuşma Metni, **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu**, 6-7 Mayıs 2011, s. 21.

⁸² **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011**, Sonuç Bildirgesi, s. 274.

⁸³ ERSÖZ, s. 19.

işlerin özel sektöre devredilmesi sonucu hizmet kalitesinin düşebileceği de belirtilebilir⁸⁴.

Nihai olarak öngörülen zararlar, özel sektörün kamu kaynakları üzerinden kâr sağlaması, kamu hizmetlerinde yaşanabilecek aksaklıklar, çalışma koşullarının kötüleşmesi, hizmet kalitesinin düşmesi, uzun süren görüşmeler ve maliyeti her iki taraf için de pahalı hukuk ve danışmanlık hizmetleri ile özel sektörün düşük risk almasına rağmen yüksek kâr beklentisi olması şeklinde sıralanabilir⁸⁵.

3. Hizmet Alanlarında Kamu Özel İşbirliği Görünümü

Kamu özel işbirliği uygulama alanları sadece altyapı hizmetleri ile sınırlı olmayıp kamunun hizmet verdiği hemen hemen bütün alanları kapsamaktadır. Bunlar altyapı, inşaat, çeşitli hizmetlerin yerine getirilmesinden telekomünikasyon, okul, hastane, hatta hapisane hizmetlerine kadar giden geniş alanları kapsamaktadır⁸⁶.

Benzer şekilde PPP modelinin “*enerji üretimi ve dağıtımı, sulama ve kanalizasyon sistemleri, su kanalı ve dağıtım projeleri, hastaneler, eğitim binaları, okullar, stadyumlar, haberleşme ve ulaştırma, trafik kontrol sistemleri, hapisaneler, yollar, güvenlik, turizm, imalat ve konut yapımı ile diğer inşaat işleri, kültürel, kentsel ve kırsal altyapı düzenlemeleri ile kamu idarelerinin altyapı yatırım ve hizmetlerini bünyesinde barındırdığı*”⁸⁷ ifade edilmektedir.

Kamu özel ortaklığı ya da genel adıyla PPP olan söz konusu model ile gerçekleştirilen milli kamu hizmetlerinde teori açısından bir karmaşa bulunmaktadır. Doktrindeki çalışmalara bakıldığında özelleştirme, kamu imtiyaz sözleşmeleri başta olmak üzere yap işlet devret gibi özel

⁸⁴ KESKİN, Sabiha, **Türkiye’de Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Kamu-Özel Ortaklığı Modeli (Aydın Örneği)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 25-26.

⁸⁵ ŞENEL TEKİN, Perihan, **Türkiye’de Sağlık Sektöründe Bir Finansman Yöntemi Olarak Kamu-Özel Ortaklığı Politikasının Politika Haritalama Yöntemi İle Analiz Edilmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 48.

⁸⁶ SARISU, **Kamu&Özel İşbirlikleri**, 181.

⁸⁷ ACARTÜRK / KESKİN, s. 30.

hukuk sözleşmelerinden idari sözleşmelerin klasik tiplerine kadar tüm sözleşmelerin genel olarak PPP başlığı altında gruplandığı görülmektedir. Çalışmanın başlarında da ifade edildiği üzere öğretilerde PPP'nin “*üst başlık*”, “*şemsiye kavram*” olarak telakkisinden kaynaklanan bu soruna farklı açıdan yaklaşmak gerekir. Kanunda bile lafzı karşılığı bulunan bu kavramın farklı anlam taşıdığı ve bu suretle genel başlık olarak değil de daha özel ve yeni bir sözleşme biçimi olduğu noktasından hareket etmek gerekir.

Kamu özel işbirliği kavramının ele alınış tarzındaki bu farklılık dolayısıyla bundan sonraki aşamada ayrı bir sözleşme biçimi olarak idarenin hangi kurallara bağlı olarak hangi kamu hizmetinde nasıl uygulanabileceği incelenecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere genel bir kamu özel ortaklığı kanunu bulunmamaktadır. 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile sağlık kamu hizmetinde başvurulabilecektir. Böylece PPP modelinin yasal altyapısı oluşturulmuştur. Söz konusu kanun baz alınarak şu an itibariyle farklı hükümlere tabi olan PPP sözleşmesi sadece sağlık hizmetlerinde yapılabilmektedir.

PPP modeli uygulamasındaki ilk hizmetin sağlık kamu hizmeti olmasının altında yatan sebebin 02.11.2011 tarihli 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'si olduğu düşünülebilir. Söz konusu Kararname ile birlikte sağlık kamu hizmeti alanında sağlık serbest bölge kurulması öngörülmektedir. 663 sayılı Kararname ile öngörülen sağlık serbest bölgesinde kurulması planlanan büyük sağlık kompleksi için özel sektörün katılımına ihtiyaç duyulması bu alanda PPP modeline başvurulacağı izlenimi uyandırmaktadır.

Kamu özel ortaklığı modellerinin yasal zemini oluşturulduktan sonra sağlık kamu hizmeti dışında ulaşım, eğitim, adalet, savunma gibi milli kamu hizmetlerinde uygulanması gündeme gelebilecektir.

II. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

Söz konusu hizmetlere ilişkin kamu özel ortaklığı sözleşmesinin nasıl yapılacağı, süresinin ne olacağı, hizmete ilişkin olarak ortaya çıkan sorumluluğun nasıl paylaşılacağı, sözleşme taraflarının niteliği gibi sözleşmenin hukuksal çerçevesi şu şekilde çizilebilir.

A. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmesinin Kurulma Süreci

İdare kamu hizmetlerine ilişkin olarak tesis yapımı, mevcut yapıların yenilenmesi veya bakımı ile hizmet alımına ilişkin diğer unsurları tek yanlı idari işlemlerle elde edemez. İdare gereksinim duyduğu bu türden bazı mal ve hizmetleri özel hukuk sözleşmesiyle sağlamak zorundadır. İdare hem idari sözleşmelerde hem de özel hukuk sözleşmesinde tamamen serbest olmayıp belirli yöntem ve biçim kurallarına hareket etmek zorundadır⁸⁸.

Kamu özel işbirliği yöntemiyle idare, özel hukuk kişiyle bir sözleşme imzalamadan önce bazı kurallara uymak zorundadır. İdarenin bir taraftan “idarenin kanuniliği” ilkesi diğer taraftan kamu yararını gerçekleştirebilmek amacıyla uyması gereken usul ihale yöntemidir. Bir başka ifadeyle kamu özel işbirliği yöntemiyle sözleşme imzalanacak taraf kamu ihalesi yöntemiyle seçilmesi gerekmektedir⁸⁹.

Nitekim 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un amaç başlıklı 1. maddesinde sağlık kamu hizmetinde başvurulabilecek PPP modelinin de ihale ile belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

PPP modelinin genel yapısının sırasıyla kapsam belirlenmesi, stratejinin oluşturulması, seçim süreci, müzakere, sözleşme yapılması,

⁸⁸ YILDIRIM, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri I**, Konya, 2012, s. 363; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 913; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 469; GÖZLER / KAPLAN, s. 468.

⁸⁹ YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri I**, s. 363; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 470; GÖZLER / KAPLAN, s. 468.

hizmet sunumunun başlaması olmak üzere altı aşamadan oluşacağı ifade edilmektedir⁹⁰.

1. İhale Süreci

Ülkemizde idarenin tüm sözleşmeleri için uygulanabilecek genel bir ihale usul kanununun bulunmaması, her sözleşmenin niteliğine uyan ve kapsamına giren birbirinden farklı hükümler içeren çok sayıda özel kanunun bulunması⁹¹ dolayısıyla kamu özel işbirliği sözleşmelerinin hangi kanuna göre yapılacağı belirlenmesi gerekir.

Kamu özel işbirliği sözleşmelerine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmayıp, çıkarılacak PPP Kanunu'nda öngörülen usullerin uygulanmasının yerinde olacaktır. Gerekçe olarak kamu özel ortaklığı sözleşmesinin bu iki kanun kapsamında yapılan ihalelerden farklı olduğu, klasik anlamda bir mal veya hizmet alım ya da satım niteliğini aşan kendine özgü bir uygulama türü olduğu gösterilebilir. Ayrıca uygulamada yapılan hataların başında, kamu özel ortaklığı ihalelerinin de bir tür kamu ihalesi uygulaması olduğu yaklaşımı geldiği fakat PPP Hukuku'nun Kamu İhale Hukuku ile tek bağlantısının “ihale” kelimesinden ibaret olduğu ve ihale amacı, yöntemi, ilkeleri gibi unsurların birbirinden farklı olduğu ifade edilebilir⁹².

Nitekim katıldığımız bu görüş kanun koyucu tarafından da kabul edilmiştir. Şöyle ki, 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 11. maddesinde “*Bu Kanun hükümlerine göre yapılacak iş ve işlemler, 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kanuna tabi değildir*” ifadesine yer verilmiştir.

⁹⁰ ACARTÜRK / KESKİN, s. 34.

⁹¹ GÖZLER / KAPLAN, s. 469.

⁹² KEŞLİ, s. 143-144; KARASU, s. 225: “*Üyelik sürecinde mevzuat uyum çalışmalarının sürdürüldüğü alanlardan biri olan kamu alımları ile ilgili AB direktiflerinin öngördüğünün aksine KÖO uygulamalarını kamu alımlarına ilişkin düzenlemelerden muaf kılmaktadır*”.

Benzer şekilde 03.07.2006 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik sağlık sektöründe PPP metodu uygulama esaslarını, ihale yöntemini ayrıntıları ile açıklamıştır⁹³.

PPP modeline göre ihale çıkmada 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanmasa da bu ihale kanunlarının genel özellikleri söz konusu ihalelerde de tatbik alanı bulacaktır. Şöyle ki, söz konusu PPP modelinde de genel kamu ihale ilkesi olarak kabul edilen ve Avrupa Birliği ile katılım müzakereleri yürütmekte olan Türkiye'nin Avrupa Birliği müktesebatı nezdinde yürütmekte olduğu kamu alımları ile ilgili 5. fasıla göre, kamu özel işbirliği ihalelerinde saydamlığı sağlaması, eşit ve serbest rekabet ile ilgili ortak kuralların benimsemesi gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁴. Bu ilkelerin yapılacak PPP ihalelerinde tatbikini kolaylaştıracak elektronik ihale⁹⁵ sürecinin ilerleyen aşamalarda yasal mevzuat değişikliği ile birlikte uygulanması mümkün gözükmektedir.

PPP modelinde ihale aşaması da diğer tüm kamu ihalelerinde olduğu gibi kendi içinde belirli kademelere ayrılmaktadır. Proje kabulünden başlayıp, danışman seçimi, proje hazırlıkları, değer tespiti, ihale komisyonu, ihalenin yapılması aşamasına kadar devam etmektedir⁹⁶.

PPP modelinin ilk uygulaması olarak kabul ettiğimiz sağlık kamu hizmetine ilişkin sürecin tüm PPP sözleşme sürecine⁹⁷ uygulanabileceği kanaatindeyiz. Sürecin kısaca şu aşamalardan oluştuğu ifade edilmektedir.

⁹³ AKSOYGÜL ALSAN, Pınar, “*Türk Sağlık Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı*”, **Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası**, 2012, Y. 2, S. 2, s. 61.

⁹⁴ YERELİ, Ahmet Burçin / KIZILTAN, Mustafa, “*Kamu-Özel İşbirliği Projeleri ve Kırgızistan Ekonomisi Açısından Önemi*”, **International Conference On Eurasian Economies**, 2011, s. 250.

⁹⁵ Elektronik ihale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZ, Selman Sacit, “*Elektronik İhale (E-İhale)*”, **KHUKA**, Y. 16, S. 1-32, 2013, s. 9-26

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KEŞLİ, s. 99 vd; EMEK, Uğur, **Altyapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri**, İstanbul, 2010, s. 170 vd.

⁹⁷ Sağlık kamu hizmetine ilişkin olarak yapılan PPP ihaleleri şu illerde yapılmıştır. ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 20: “*Kayseri, Ankara-Etilik, Ankara-Bilkent, Elazığ, Yozgat,*

“Buna göre ilk aşamada Sağlık Bakanlığı'nın plan, program ve politikaları çerçevesinde belirlediği ve belli kriterlere dayalı olarak seçimini yaptığı projeleri, ön fizibilite raporları ve arsa/arazi teminine yönelik çözüm önerileri ile birlikte Yüksek Planlama Kurulu'na sunması gerekmektedir. İkinci aşamada Yüksek Planlama Kurulu, Sağlık Bakanlığı'nun proje önerilerini inceledikten sonra karara bağlamaktadır. Eğer bu karar olumlu ise yani proje kabul edilmişse, üçüncü aşamada Sağlık Bakanlığı'nın, Yüksek Planlama Kurulu'nca yapılması onaylanan her bir proje için, ihale iş ve işlemlerinde kullanılmak üzere; ön proje, fizibilite raporu, temel standartlar dokümanı ile ihale dokümanlarının hazırlanmasını sağlaması gerekmektedir. Dördüncü aşamada ise ihale ilan süreci başlamaktadır. İdare tarafından yaptırılmak istenen yapım veya yenileme işleri ve ön yeterlik ilanı, Resmî Gazete'de, Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazetede ve internette, belirlenen ihale tarihinden en az doksan gün önce olmak üzere ve en az birer defa ilan yapılarak duyurulması gerekmektedir. Alınan başvurular doğrultusunda yapılan ön yeterlik değerlendirme süreci ile bir diğer aşama gerçekleştirilir. Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterliği belirlenen adaylara ihale gününden en az altmış gün önce davet mektubu gönderilmektedir. Bakanlık tarafından davetiye gönderilmiş olan gerçek ve/veya tüzel kişiler, yapılacak işle ilgili tekliflerini sunarak değerlendirme süreci başlatılmış olmaktadır. Yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda teklifler içerisinde en az maliyetle en yüksek verimlilik özelliğine sahip teklif kabul edilerek, teklif veren kişi/kişiler ile Bakanlık arasında bir sözleşme imzalanmaktadır”⁹⁸.

Manisa, Konya-Karatay, İstanbul-İkitelli, Mersin, Adana, Gaziantep, Bursa, İzmir-Bayraklı”.

⁹⁸ KERMAN / ALTAN / AKTEL / EKE, s. 13-14.

Görüldüğü üzere kamu ihalesine hâkim olan ilkeler burada da uygulanacaktır. Genel kamu ihale hükümlerinde yer almayan yeni ihale yöntemlerinin uygulaması söz konusu olacaktır⁹⁹.

Ayrıca ülkemiz için PPP sözleşmesinin ilk örneği olan sağlık kamu hizmetine ilişkin ihale işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması talepli davada, ilgili yönetmelik hükümlerinin iptali ile 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek/7. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiş ve itiraz ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması kararı alınmıştır¹⁰⁰.

2. Sözleşmenin İmzalanması

İhale sürecinin sona ermesinin ardından kamu özel ortaklığı sözleşmesinin ihaleyi kazanan kişiyle imzalanması aşamasına geçilecektir.

PPP projelerinin başarısı olması için, sözleşme hükümleri çerçevesinin geniş ölçekli ve projenin uygulanmasını yöneten öğelerin en uygun düzeyde tanımlanması gerekir. Bu açıdan kamu sektörü ile özel sektör arasındaki risklerin uygun şekilde değerlendirilmesi ve risk

⁹⁹ Geleneksel ihale usulleri arasında yer almayan Rekabetçi Diyalog, Açık Arttırma ve Eksiltme, Müzakere gibi usullerin uygulanması söz konusu olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KEŞLİ, 143-154; ERSÖZ, s. 140 vd.

¹⁰⁰ ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 23-24: “Danıştay 13. Daire Başkanlığı TTB'nin talebinin ciddi görülmesi üzerine verdiği kararla Anayasa Mahkemesi'ne Yasa'nın yürütmesinin durdurulması talebiyle itiraz yoluyla başvuru yapılması kararı vermiştir. Kararın gerekçesinde şu değerlendirme yapılmıştır: İptali istenen kuralda ise, Kanun'un Ek-7. maddesinin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ile ihale yönteminin; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak niteliklerin, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususların Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağı belirtilmiş, ancak bu maddede öngörülen hususlar hakkında Kanun'da yeterli belirleme yapıp, sınır çizilmeden yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devri niteliğinde olacak şekilde yürütmeye sınırsız bir alanda ilk elden düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bu maddeyle uygulamaya konulacak yeni bir sisteme ilişkin olarak, en azından, öngörülen kira ilişkisine esas olan temel ilkeler, tarafların hak ve yükümlülükleri, uygulanacak ihale usulü ve sisteminin genel çerçevesi, sözleşmenin niteliği ve kapsamına ilişkin temel belirlemeler yapıldıktan sonra, belirlenen konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması gerekmektedir. Bu nedenle, anılan düzenleme, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olan bir düzenlemedir” ifadesine yer verilmiştir.

dağılımının dengeli bir şekilde yapılması önemlidir. Ayrıca, PPP projesi taraflarının performansının değerlendirilmesini sağlayacak mekanizmaların da sözleşmede tanımlanması gerekir. “*Bu bağlamda, şeffaflık prensibi; risklerin değerlendirilmesini ve dağılımını ve ifanın değerlendirilmesini sağlayan hususların, PPP sözleşmesinin tanımlayıcı belgelerinde yer almasını gerektiği*” ifade edilmektedir¹⁰¹.

Söz konusu sözleşmenin içeriğinde şu unsurların bulunması gerektiği savunulmaktadır.

*“*Özel sektörün projeyi finanse edeceği, tasarlayacağı ve inşa edeceği,*

**Altyapı hizmetine konu olan projenin özel sektör tarafından işletileceği, temizleneceği, bakımının ve onarımlarının yapılacağı,*

**Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte özel sektörün proje konusu varlığın zilyetliğini ya da hizmeti kamu sektörüne devredeceği,*

**Altyapı hizmetinin inşası için özel sektöre sağlanan kira ya da ruhsat gibi imtiyazların kapsamı,*

**Özel finansmanlı projelerin, performans ya da ücret esasına mı dayalı veya altyapı hizmetini kullanan kişilerden elde edilen ücretlerle mi gördürüleceğine dair gelir anlaşmaları,*

**Projenin çevresel gereklilikler, gizli koşullar, planlanan onaylar, projeye uygulanacak hukukun değişmesi, kâr, zarar, sigorta, vergiler ve fikri haklar gibi birçok açı gözetilerek hazırlanan risk dağılımı çerçevesi”*¹⁰².

B. Sözleşme Taraflarının Niteliği

Kamu özel ortaklığı projeleri büyük sermaye gerektiren projeler olduğu için devlet ortaklığın bir tarafını oluştururken, sözleşmenin diğer tarafını genellikle büyük projelerin üstesinden gelebilecek ortaklıklar, konsorsiyumlar oluşturmaktadır¹⁰³.

¹⁰¹ ERSÖZ, s. 27.

¹⁰² ERSÖZ, s. 30.

¹⁰³ YILMAZ / GÜLTEKİN KARAKAŞ, s. 35.

1. Kamu İdaresinin Niteliği

Kamu özel ortaklığı projelerinin en önemli noktalarından biri, sözleşme tarafı olan kamu sektörü tarafını doğru belirlemek ve özel sektör tarafından sağlanacak hizmetin veya altyapının temini için sözleşmeye dâhil ettiği yetkilerini iyi tespit etmektir¹⁰⁴.

“PPP sözleşmesinin kamu tarafında, yatırım sahibi hükümet, bir kamu kuruluşu, yerel idareler veya kamu hukukuna göre yönetilen, finansmanını çoğunlukla devletten sağlayan ve tüzel kişiliğe sahip birimler bulunur”¹⁰⁵.

Ülkemizde mevcut durum ele alındığında Sağlık Bakanlığı ve bu bakanlığa bağlı kuruluşların kamu özel sözleşmesinin tarafı olabileceği, diğer kamu hizmetlerine ilişkin olarak kurulan Bakanlık ve diğer kamu tüzel kişilerin bir yasal düzenleme yapılmadıkça sözleşme tarafında yer alamayacağı belirtilebilir.

2. Özel Tarafın Niteliği

Genel bir PPP kanunun bulunmaması sebebiyle kamu özel ortaklığının özel tarafını oluşturacak özel sektörde bulunması gereken özellikleri bazı kanun maddelerinden çıkarımda bulunularak şu şekilde ifade edilebilir.

2005 tarih ve 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun ile ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin kamu özel işbirliği sözleşmesinin tarafı olabileceği düzenlenmiştir. Bu genel açıklama 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile daha somutlaştırılmıştır.

Genel olarak PPP sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafında aranacak özellikler noktasında ipucu verebilecek niteliğe sahip sağlık

¹⁰⁴ ERSÖZ, s. 31.

¹⁰⁵ ERSÖZ, s. 31.

kamu hizmeti için öngörülen PPP anlaşmasında özel tarafın nitelikleri şu şekilde belirlenmiştir. Söz konusu Kanunun 1. maddesinde yüklenicinin üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli ile özel amaçlı şirketi ifade ettiği belirtilmiştir. Söz konusu Kanun'un aynı maddesinde ise istekli idarenin açtığı ihaleye teklif veren gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da bunların oluşturduğu ortak girişimler olarak tanımlanırken, özel amaçlı şirket ihale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirket olarak ifade edilmektedir. Ortak girişim kavramının ise ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığına karşılık geleceği aynı maddede belirlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyet alanı kamu özel ortaklığı sözleşmesi ile sınırlı ve anonim şirket olması koşulu¹⁰⁶ ile PPP sözleşmesinde özel tarafı oluşturabilirler.

Diğer ülkelerdeki PPP uygulamasına bakıldığında limited şirketin de özel tarafı oluşturabildiği ifade edilmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sağlık kamu hizmetine ilişkin olarak PPP sözleşmesinin özel tarafının niteliğine ilişkin firma isimleri şu şekildedir. ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 20: “YDA İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.- Inso Sistemi Per Le Infrastrutture Sociali S.P.A / Astaldi SPA+Türkerler / IC İctaş İnşaat+Dia Holding Fzco / Sıla Danışmanlık Bilişim Eğitim İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.-Şentürkler Mühendislik İnşaat Taahhüt Turizm ve Ticaret A.Ş.- Medical Park Sağlık Hizmetleri A.Ş. / Emsaş İnş. Tur. Tic. ve San. A.Ş. - PBK Architects Inc. - Ascension Group Architects LP - Allen Shariff Corporation & Consortio International Eng. Consult-Meinhardt Group - May Eczane - Sürat Bilişim - Forcimsa Emprasa Constructora S.A. - Şahin Tıp / Sıla Danışmanlık Bilişim Eğitim İnşaat Taahhüt Ticaret ve Sağlık Hizmetleri Limited Şirketi - Şentürkler Mühendislik İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.-Rönesans Holding A.Ş. - Rönesans Medikal Yatırımları A.Ş. - Şam Yapı Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti./ Samsung C&T Corporation - Kayı İnş. San. ve Tic. A.Ş. - Salini S.P.A. – Simed International B.V. - Studio Altieri Spa - HAN Teknik Müşavirlik Mühendislik Mimarlık A.Ş. İş Ortaklığı / Şentürkler Müh. Müteahhitlik İnş. Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. – Sıla Danışmanlık Bilişim Eğitim İnş. Taahhüt Tic. ve Sağlık Hizmetleri Limited Şirketi-Medical Park Sağlık Hizmetleri A.Ş. İş Ortaklığı”dır.

¹⁰⁷ ERSÖZ, s. 32: “Birleşik Krallık uygulaması yanı sıra, Alman ve Avusturya uygulamalarında proje şirketi limited şirket (GmbH) olarak yapılandırılır”.

Ayrıca hukuken özel kurum sınıflamasına dâhil olan ama kâr amacı gütmeyen kurumlar da kamu-özel sektör ayrımında özel tarafında yer alabilirler¹⁰⁸.

C. Sözleşme Süresi

Kamu özel ortaklığı sözleşmesinde söz konusu kamu hizmetine ilişkin tesislerin yapılması ve bazı hizmetlerin sunumu özel hukuk kişilerince yapılacaktır. Sözleşme tarafı olan bu kişi kamu hizmetine ilişkin yapmış olduğu bu hizmet karşılığında idareden herhangi bir bedel almayacaktır. Özel sektörün yapmış olduğu masrafları alabilmesinin yanı sıra kâr elde etmesi de sözleşme tarafı olabilmesi için gereklidir. İşte sözleşme tarafı olan özel hukuk kişisi sözleşme süresince söz konusu tesisi kamu idaresine bir bakıma kiralamaktadır¹⁰⁹. Bu sebepten ötürü sözleşme süresi de çok önemlidir.

Özel sektörün yapmış olduğu masraflar ve kâr oranı dikkate alındığında sözleşme süresinin uzun olması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü sözleşme süresi boyunca idare yapılan bu finansman harcamasını taksitler halinde¹¹⁰ ödeme fırsatı bulabilecektir.

Daha öncede belirtildiği üzere genel mahiyetli bir PPP kanunun bulunmaması bizi yine çıkarımda bulunmaya sevk etmektedir. 07.05.1987

¹⁰⁸ YILMAZ / GÜLTEKİN KARAKAŞ, s. 31.

¹⁰⁹ Söz konusu sözleşme çerçevesinde öngörülen kira bedelinin döner sermayeden karşılanacağı ifade edilmektedir (ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 11).

¹¹⁰ Taksitler halinde ödenecek kira bedelleri hakkında Sağlık hizmetine ilişkin olarak şunlar söylenebilir. ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 17: “Sağlık Bakanlığı 2012 Kasım ayına kadar toplam 11 ihale yapmıştır. 2011 yılı Eylül ayında temel atma töreni yapılan Kayseri ihalesi dahil hiçbir kira tutarı resmi olarak açıklanmamıştır. Basından ve açtığımız davalardan öğrenebildiğimiz bina kullanım bedeli karşılığı ödenecek kiralar ile Sağlık Bakanlığı'nın planlama yaparken hazırladığı ön fizibilite raporlarındaki sabit yatırım tutarlarını incelediğimizde harcanan kamu kaynağı daha net olarak ifade edilebilmektedir. Sadece on ihalede belirlenen yıllık bina kiraları toplamı 1.471.658.738 TL'dir. Bugünün rakamlarıyla hesaplandığında bile bu tutar 25 yıl içinde toplam 36.791.468.450 TL'ye ulaşmaktadır. Öte yandan, Sağlık Bakanlığı'nın yatırım planlaması için hazırladığı ön fizibilite raporlarına göre ihalesi yapılanlardan sekizi için öngörülen sabit yatırım tutarı toplamı 3.880.513.591 TL, yine bu sekiz ihalede belirlenen 25 yıllık kira toplamı ise 30.381.468.450 TL'dir. Sonuç olarak bu sekiz ihalede belirlenebilen toplam kamu zararı, (şirketlerden hizmet satın alma bedelleri hariç) 26.500.954.859 TL'dir”.

tarifli ve 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanununun Ek-7'nci maddesine göre “yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir” denilmek suretiyle sürenin en fazla 49 yıl olabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde de sözleşme süresinin en fazla 49 yıl olabileceği noktasında görüşler bulunmaktadır¹¹¹.

Fakat 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 4. maddesindeki “sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir” ifadesiyle söz konusu sürenin sabit yatırım dönemi hariç en fazla 30 yıl olacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında kamu özel ortaklığı sözleşme süresinin yapılan tüm masrafları karşılayacak ölçüde uzun olması gerektiği fakat bu sürenin ise tayini noktasındaki karmaşaya son verebilmek adına genel bir PPP kanunun çıkarılması gerekmektedir.

Ayrıca sözleşme süresi sonunda kamu hizmeti için öngörülen tüm tesis ve hizmetlerin ifasından sonra söz konusu tesis her türlü borç ve taahhütten kurtulmuş, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili idareye herhangi bir bedel ödenmeksizin devredilmesinden kamu özel ortaklığı sözleşmesinin özel tarafı sorumludur.

PPP modelinin mantığı gereği sözleşme süresince özel sektör kira karşılığı elde ettiği finansman geliriyle masraf ve kârını çıkarıp söz konusu işletmeyi bedelsiz olarak idareye teslim etmesi gerekirken¹¹²,

¹¹¹ GÖZLER / KAPLAN, s. 464; GÜZELSARI, s. 73; UZ, s. 1181; KARASU, s. 245; ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 8.

¹¹² GÖZLER / KAPLAN, s. 464.

yapılan tesislerin sözleşme süresi sonunda yıpranacağı, kullanılan malzemenin işlevini yitireceği kaygısıyla kamuya devrinden ziyade sözleşme yenileme ya da farklı yöntemlerle özel kişilere gördürülme kaygısı da vurgulanmaktadır¹¹³.

D. Sorumluluk Paylaşımı

Her ne kadar idare özel hukuk hükümlerine göre bir kamu hizmetini özel sektöre gördürse de daha önce belirtildiği gibi bu hizmetten tam olarak elini çekmemektedir. Bu kapsamda idarenin sorumluluğu devam etmektedir. İdare kamu hizmetinin bir kısmını PPP sözleşmesi gereğince özel kişiye gördürürken ayrıca kendisi de bazı hizmetleri bizzat görmektedir. Hatta bizzat hizmet götürmediği veyahut kusurlu hizmet götürdüğü bazı alanlarda idarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi söz konusu olacaktır. Aslında söz konusu sözleşme çerçevesinde sorumluluk paylaşımına gidildiği görülmektedir.

Nitekim PPP sözleşmesinin özel tarafı daha iyi kontrol edilebilen ve yönetilebilen faaliyetlerin sorumlulukları ve risklerini devralmaktadır. Zaten PPP uygulamalarında paranın karşılığını sağlamanın anahtarının sorumlulukların kamu sektörü ile özel sektör arasında en uygun biçimde paylaşılması olduğu ifade edilmektedir. Paylaştırmadan kastın da bütün sorumlulukların özel sektöre devredilmesi olarak anlaşılmaması gerekir¹¹⁴.

Sorumluluğun paylaşımı noktasının üzerinde durulması gerekir. Zira kamu hizmetine ilişkin olarak yapılan bu sözleşme kurulmadan önce hizmete ilişkin olarak ortaya çıkan hukuka aykırılık durumunda sorumluluk idareye ait olması gerekirken, sözleşme çerçevesinde sorumluluğun kime ait olacağının tespiti nasıl yapılacaktır. Özel hukuk sözleşmesiyle idarenin sorumluluktan kurtulması mümkün müdür? Bu sorunun sebebi sözleşmeye konu kamu hizmetinin bizzat özel sektör tarafından ifasının öngörebilecek olup olmadığı tartışmasında yatmaktadır.

¹¹³ KARASU, s. 253-254; KERMAN / ALTAN / AKTEL / EKE, s. 14.

¹¹⁴ SARISU, s. 65.

Basında kamu özel işbirliği sözleşmeleriyle devletin yürütmesi gereken bazı kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından yerine getirileceği belirtilmektedir. Şu an itibariyle sağlık kamu hizmetinde PPP sözleşmesi yapılabilmesinin yasal dayanağı olduğu göz önüne alınırsa sağlık kamu hizmetinin ifasına ilişkin tesislerin yapımı veya yenilenmesinin yanı sıra sağlık hizmetine ilişkin tedavi, ameliyat gibi durumların özel sektör tarafından yapılabileceği ifade edilmektedir. Aynı durumun örneğin eğitim kamu hizmetinde uygulanması durumunda okul binasından öğretmen ihtiyacına kadar özel sektöre verilebileceğinden bahsedilmektedir.

Kamu özel ortaklığı sözleşmesinde devlet kamu hizmeti ödevini tümünden özel sektöre devretmemekte, sadece bu ödevin yerine getirilmesi sürecine özel sektörü dâhil etmektedir. Bu anlamda kamu hizmetinden kaynaklanan nihai sorumluluğun devlet tüzel kişiliğine ait olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵. Sağlık alanındaki PPP uygulaması dikkate alındığında kesin bir ifadeyle özel sektörün sadece hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi (tıbbi hizmetler dışında) ile sorumlu olduğu, tıbbi kamu hizmetlere ilişkin faaliyetin ise Sağlık Bakanlığı tarafından yürütüleceği ifade edilmektedir¹¹⁶. Zira PPP modeliyle devletin tümüyle çekilmek istemediği ve devletin katılımı olmadan özel sektörün tek başına sunmaktan çekindiği hizmetlere özel sektörün katılımı sağlanarak kamu hizmetine ilişkin tesislerinin, kiralama karşılığı yaptırılması ve tesislerdeki çekirdek hizmet alanları dışındaki unsurlar için özel sektörün katılımının sağlanması hedeflendiği ortadadır¹¹⁷.

Öğretide özel sektörün bizzat söz konusu kamu hizmetini yerine getirmeyeceği ifade edilmektedir. Zaten PPP sözleşmesinin mantığı da burada yatmaktadır. Aksi durumlar için örneğin sağlık hizmeti konusunda özel sektör PPP sözleşmesinden ziyade özel hastane kurma yolunu tercih edecektir. Bu kapsamda da idareden alacağı kira karşılığı bedelin

¹¹⁵ UZ, s. 1168; KERMAN / ALTAN / AKTEL / EKE, s. 4-5; GÜNEŞ, s. 59.

¹¹⁶ GÖZLER / KAPLAN, s. 464.

¹¹⁷ ACARTÜRK / KESKİN, s. 30.

hastalardan alınmak suretiyle finansman sağlanacaktır. Böylelikle sözleşme süresinin sonunda da söz konusu tesisin idareye bedelsiz devredilmesinden de kurtulmuş olunacaktır.

PPP sözleşmesindeki bu ayırım iki ayrı unsurda incelenebilir. Birincisi kamu hizmetinin verilmesi için gerekli olan bina inşası, gerekli teçhizat, temizlik, güvenlik, personel servisi, kafeterya gibi yardımcı hizmetlerdir. Bu hizmet, çekirdek hizmetin verimli olarak kullanılabilmesine yardımcı olan ve söz konusu hizmetten de bağımsız olarak işlevi olmayan “*kabuk hizmet*” olarak ifade edilebilir. Bu gibi hizmetler arasında bazı unsurlar (bina, teçhizat) o kamu hizmetinin verilebilmesi için olmazsa olmaz hizmetlerdir. Fakat sonuç itibariyle bizzat hizmetin kendisi değildir.

İkinci unsur ise “*çekirdek hizmet*”¹¹⁸ unsurudur. Çekirdek hizmet olarak kastedilen şey ise kamu hizmetin bizzat kendisidir. Bir başka ifadeyle hizmetin “*asli (ana-temel) unsuru*” dur. Örneğin sağlık kamu hizmeti için hastane binası, spa merkezleri, güvenlik, otopark, kafeterya, dinlenme ve refakatçi salonları vb. alanlar yardımcı hizmetlerdir. Sağlık kamu hizmeti için doktorun yaptığı ameliyat, teşhis ve tedavi bizzat hizmete ilişkin olan çekirdek hizmettir. Ayrıca çekirdek hizmet yerine “*tıbbi hizmet*”¹¹⁹ veyahut “*asıl hizmet*”¹²⁰ ifadeleri de kullanılmaktadır.

Hangi hizmetlerin çekirdek hizmet hangilerinin ise yardımcı hizmet olacağı ya çıkarılacak PPP kanununda ya da ilgili yönetmelikte düzenlenmesi gerekmektedir.

Nitekim sağlık kamu hizmetine ilişkin olarak yapılacak PPP sözleşmesinde çekirdek hizmet-kabuk hizmet ve alanlar Sağlık

¹¹⁸ KARAHANOĞULLARI, Onur, s. 182; KARAHANĞULLARI, Yiğit, s. 120; ERBAŞ / YAVUZ / İLHAN, s. 8; KARASU, s. 226; KARAHANOĞULLARI, Onur, “*Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu**, 6-7 Mayıs 2011, s. 129; KARASU, Koray, “*Sağlık Hizmetinde KÖÖ*”, **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu**, 6-7 Mayıs 2011, s. 164.

¹¹⁹ KARASU, **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu**, s. 188. Söz konusu nitelendirme genel ifade olmayıp sağlık kamu hizmetine ilişkin çekirdek hizmete karşılık gelmesi için kullanılan bir kavramdır.

¹²⁰ KARAHANOĞULLARI, Onur, **AÜSBFD.**, s. 179.

Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtılması İle Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelikte açıkça belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme 4. maddede şu şekildedir: *“Tıbbî hizmetler dışındaki alanlar, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak, otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, yaşlı bakım evi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi gibi ön proje ile tanımlanacak olan, sağlık tesisi konsepti ile uyumlu alanları”, ifade edilirken “tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler, sözleşme hükümlerine göre, yüklenici tarafından üstlenilen tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetlerini”, ifade edeceği düzenleme altına alınmıştır.*

Yukarıdaki açıklamanın ardından söz konusu PPP sözleşmesinde özel sektörün görev ve sorumluluğu hizmetin üretilmesi için mal veya yapım işi gibi unsurlar iken, sözleşme tarafı olan idarenin görev ve sorumluluğu bizzat sağlık kamu hizmetinin kendisidir¹²¹.

Son olarak PPP modeli ile amaçlananın kamu hizmetinin sunumuna ilişkin sorumluluk paylaşmak ziyade kamu hizmetinin kurulma aşamasındaki menfaat paylaşımı olduğu söylenebilir.

E. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmesinin Sona Ermesi

1. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmesinin Olağan Sona Ermesi

a. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında kamu özel ortaklığı sözleşme süresinin yapılan tüm masrafları karşılayacak ölçüde uzun olması gerektiği fakat bu sürenin ise tayini noktasındaki karmaşaya son

¹²¹ KARAHANOĞULLARI, Onur, **AÜSBFD.**, s. 181.

verebilmek adına genel bir PPP kanunun çıkarılması gerektiği daha önce ifade edilmişti. Söz konusu süre ister 49 yıl ister 30 yıl isterse farklı bir süre öngörülün sözleşme süresinin bitiminden itibaren kamu özel işbirliği yeni bir sözleşme yapılmazsa kendiliğinden sona erecektir. Sözleşme süresinin sona ermesiyle idare kira borcundan kurtulurken, özel taraf da sözleşme çerçevesindeki bina bakım ve hizmete kullanışlı halde bulundurma yükümlülüğünden kurtulacaktır.

b. İ kale Yoluyla Sona Ermesi

Tarafların anlaşarak yani ikale yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeleri mümkündür. Ancak kamu hizmetinin kaliteli olarak yürütülmesine yönelik yapılan PPP projelerinde sona erme şartlarının titizlikle hazırlanması gerekir. Zira her ne kadar kamu özel ortaklığı sözleşmesi idare ve özel kişi arasında akdedilse de sözleşme kamuyu ilgilendirmektedir¹²². Özellikle sözleşme tarafı olan kamu tüzel kişininin yarıda kalan projeyi tamamlaması için finansal ve teknik yeterliğinin bulunması ya da hizmetin tamamlanmasına yönelik yeni bir sözleşme ile özel tarafın bulunabilirliğini gözetmesi gerekir.

2. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmesinin Olağanüstü Sona Ermesi

Her ne kadar tarafların sözleşmeyi kurarken niyetleri bu sözleşmenin tamamen ifası ve doğal yoldan sona erdirilmesi olsa da¹²³, PPP sözleşme hükümlerinin gereği gibi ifa edilememesinden dolayı olağanüstü olarak sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca erken fesih durumunda ödenecek tazminat miktarının sözleşmede kesin olarak yer alması gerektiği vurgulanmakla birlikte uluslararası uygulamalarda idarenin ya da özel tarafın kusuru, mücbir sebeplerin doğması, kanunsuz uygulamalar, sigorta edilemezlik hali ve finansal hükümlerin ihlali halleri de erken fesih hakkı sebebi olarak PPP sözleşmelerinde¹²⁴ düzenlendiği ifade edilmektedir¹²⁵.

¹²² ERSÖZ, s. 45.

¹²³ ERSÖZ, s. 41.

¹²⁴ GÜZELSARI, s. 84, 15 nolu dipnot: “Taslakta...hangi yatırım ve hizmetlerin hangi modeller kullanılarak yapılabileceğinin belirlenmediği, model tanımları ile yetinilmeyerek her bir model için görevlendirme aşamasından başlayarak ihale sözleşme

a. Özel Sektör Tarafından Yapılan Fesih

PPP sözleşmesinde hangi durumlarda özel ortağa erken fesih hakkının tanınacağına belirtilmelidir. İdare PPP sözleşme hükümlerini yürütmeyecek duruma getirir veyahut özel ortağın sözleşme konusu hizmeti sağlamasını engelleyecek davranışlarda bulunursa, özel ortağın kural olarak erken fesih hakkı vardır. Özel tarafın erken fesih hakkının kullanılabilmesi için ise mutlaka ihtarda bulunması ve bu ihtarla birlikte uygun bir süre vermesi gerektiği söz konusu süre içinde durum düzeltilmezse ya da bazı özel durumlarda süre verilmesine gerek olmaksızın sözleşmenin erken feshi yoluna gidileceği ifade edilmektedir¹²⁶.

Ayrıca sözleşmenin fesih yetkisinin sözleşmenin yürütülmesinde rol alan hastanelere tanınmadığı sözleşme hükümleri konusunda yaşanan anlaşmazlıklarla ilgili olarak hastanenin bakanlık ile bağlantıya geçmesi gerektiği, sözleşmelerde yer verilen bazı mekanizmaların (yardım masası gibi) hastaneleri sadece sorun tespit eden konumuyla sınırlandırdığı ifade edilmektedir¹²⁷.

sona erme aşamalarının ayrı başlıklar olarak düzenlenmediği, risk dağılımının yönetmeliğe ya da sözleşmeye bırakılmayarak kanunda düzenlenmesi gerekirken bunun yapılmadığı, her bir model için imzalanacak sözleşmelerin ana unsurlarının, sözleşmelerin sürelerinin, sona erme biçimlerinin (mücbir sebep, fesih, tasfiye, sürenin sona ermesi) her bir sona erme haline bağlı hüküm ve sonuçlanıl, tarafların tazminat sorumluluğunun (idarenin genel hükümlerden doğan hakların sınırlandırmayacak ve bu hakların akdi düzenleme ile sınırlandırılmasını engelleyecek şekilde) sözleşmeye bırakılmayarak kanunda düzenlenmesi gerektiği” ifade edilmiştir.

¹²⁵ ERSÖZ, s. 42.

¹²⁶ ERSÖZ, s. 42: “Örneğin, kamulaştırma, haciz veya sözleşme konusu mallara ya da özel tarafın payına idare tarafından el konulması; idarenin ödemelerini yapmaması sözleşme çerçevesinde idarenin yükümlülüklerini ciddi şekilde ihlal etmesi; özel tarafın bu sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesini sürekli olarak engelleyecek davranışlarda bulunması veya kamu idaresinin hukuki statüsünde önemli değişiklikler yapılması hallerinde idarenin kusuru bulunur ve özel ortağın erken fesih hakkı doğar”.

¹²⁷ KARASU, s. 242; KARASU, **Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu**, s. 213.

Söz konusu fesih sebebiyle, özel tarafın ve onun finansörlerinin zararları idare tarafından tamamen tazmin edileceği belirtilmektedir¹²⁸.

b. İdare Tarafından Yapılan Fesih

PPP sözleşmesi, özel ortağın kusuru halinde erken fesih olanaklarını tıpkı diğer durumda olduğu gibi ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir birlikte idarenin hizmet eksikliklerinden dolayı erken fesih hakkına başvurmasında iyi bir denge gözetilmesi ayrıca bir PPP projesinde fesih hakkının kullanılmasının idarenin başvuracağı en son çare olması gerekir¹²⁹.

PPP sözleşme tarafı olan özel sektörün, hizmetleri başta belirtilen standartlara uygun olarak sunmasında sürekli başarısız olması ve bu kusurun da düzeltilmiyor olması durumunda idare sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir¹³⁰.

Özel ortağın kusuru halinde erken fesheden idarenin her halükarda karşı tarafa erken fesihten haksız bir kazanç sağlamasını önlemek amacıyla belirli bir tazminat ödemesi¹³¹ gerektiği söz konusu miktarın da özel sektörce proje kapsamında yapılan harcama miktarının, kusuru dâhilinde yarattığı zarardan çıkarılmasıyla hesaplanması gerektiği ifade edilmektedir¹³².

Ayrıca feshin, mevcut hizmet alım sözleşmelerinde olduğu gibi kolay olmayıp, idare ve hizmetten yararlananlar açısından uzun yıllar

¹²⁸ ERSÖZ, s. 43.

¹²⁹ ERSÖZ, s. 44: “Özel ortağın sözleşmede yer alan yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucunda maddi ve hizmetin performansını olumsuz etkileyecek sonuçların doğması; ihlallerin sürekli olarak bu akîd tarafından tekrar edilmesi; sözleşme cezalarının ödenmemesi; İcra İflas Kanunu veya şirketleri içeren kanunlar çerçevesinde proje şirketinin gönüllü olarak konkordato ilan etmiş olması; sözleşmede alt sözleşmecilere dair yükümlülüklerin ihlali; özel ortak tarafından sözleşmenin bir bölümünü terk etmesi gibi haller idareye erken fesih hakkı tanımaktadır”.

¹³⁰ Türkiye Bilişim Derneği, **Kamu Bilişim Platformu XIII**, s. 54.

¹³¹ Türkiye Bilişim Derneği, **Kamu Bilişim Platformu XIII**, s. 54: “KÖSİ sözleşmesinde şart koşulan fesih tazminatı maddeleri uyarınca Konsorsiyuma tazminat ödenmesi gerekebilir”.

¹³² ERSÖZ, s. 44.

çözülemez bir sorun olarak devam etme riski söz konusu olduğu vurgulanmaktadır¹³³.

SONUÇ

Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen kamu hizmetlerine ilişkin görevlerini gereği gibi yerine getirememesindeki başarısızlığının bahanesi olarak görülen mali kaynaklarının yetersizliği ifadesi günden güne etkisizleşmektedir. Şöyle ki, Anayasa tarafından düzenlenen ve kanunlarla şekillendirilen kamu hizmetlerinin verilmesi noktasında kamu idareleri artık özel sektörün desteğini almaktadır. Yıllardır uygulanmakta olan kamu hizmetlerinin özel kişilerce gördürülmesi yöntemine yeni bir sözleşme tipi daha katılmıştır. Bu sözleşme tipi kendine özgü özellikleri bulunan ve hukuksal sınırlarının başarılı bir kanun ile çizilmesi gereken “kamu özel işbirliği” yöntemidir.

Bu çalışmada ele alınan kamu özel işbirliği yöntemine ilişkin olarak olumlu ve olumsuz noktalar şu şekilde çizilebilir.

Öncelikle söz konusu modelin sadece tek bir kamu hizmetini ihtiva etmek üzere 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile düzenlendiği görülmektedir. Bu anlamda kamu özel işbirliği sözleşmesine ilişkin genel bir kanun bulunmamaktadır. Söz konusu sağlık kamu hizmetine ilişkin kanun incelendiğinde özellikle sorumluluk ile ilgili hükümlere yer verilmediği bunun sözleşme metnine bırakıldığı görülmektedir. Sözleşme yapma sürecinde karşılaşılabilecek sorunlar, gelişigüzel hükümler, hızlı karar alma ve uygulama süreci düşünüldüğünde bu yöntemin sağlıklı sonuçlar doğurmayacağı ve muhtemel bir anlaşmazlık durumunda hizmetten yararlananların olumsuz etkileneceği ihtimali dikkate alınarak genel nitelikte ve tüm

¹³³ KARASU, s. 250.

uyuşmazlıklara çözüm bulabilen ayrıntılı bir PPP kanununun düzenlenmesi gerekmektedir.

Kamu özel işbirliği modeli incelendiğinde kamu kaynaklarının israf edileceği, kamu hizmetlerinin sunumunda özen ve kalitenin azalacağı, devlete olan güvenin ve bağlılığın bozulacağı, kamu hizmeti planlama sürecinde hatalara düşüleceği gibi somut eleştirilerin yapıldığı görülmektedir. Hatta söz konusu düzenlemenin özelleştirme kavramı ve içeriğinin olumsuz yönlerini ekarte etmek için kullanılan bir aldatmaca ve ifade oyunu olduğu da söylenmektedir. Bu eleştirileri haksız çıkarma noktasında genel ve ayrıntılı bir kanunun çıkarılması gerekliliğinin yanı sıra örnek sözleşme metinlerinin de ilgili bakanlıklarca çıkarılması gerekmektedir. Söz konusu bu sözleşme örneklerinde konusunda uzman kişilerce yapılması ve muhtemel tüm sonuçların ele alınması gerekmektedir. Böylelikle olası bir uyuşmazlık durumunda hem kamu hem de özel sektörün tam olarak görev ve sorumluluklarını önceden bilmesi ve bu kişilere buna göre hareket edebilme imkânı tanınmış olacaktır.

Kamu özel işbirliği projeleriyle hedeflenen kamu hizmetlerine ilişkin olarak yapılan tesis ve yapıların kuruluş finansmanındaki zorlukların aşılması ve bu amaç doğrultusunda projeden kaynaklanan risklerin azaltılmasıdır. Söz konusu modelin kendisinden beklenen sonuçlara ulaşma konusunda, geleneksel kamu hizmet üretim modeline göre mutlak bir üstünlüğünün olmadığı ve hatta pek çok alanda yeni riskler yaratması itibariyle başarısız kaldığı ifade edilmekle birlikte doğru bir yaklaşımla bu olumsuzlukların giderilmesi mümkündür. Bu amaçla bu tesislerin kuruluş aşamasındaki tüm maliyetlerin özel sektörçe karşılanması düşünüldüğünde ve söz konusu maliyetin uzun sözleşmelerle eritilmesinin planlanmasında devletin çok dikkatli hareket etmesi sağlanmaktadır. Öngörülen sürenin en fazla 49 yıl olarak kabulü halinde devletin özel sektöre bağımlılığı çok fazla artacaktır. Bu kadar uzun yıllar ve çok farklı ve fazla miktarda sözleşmenin yapılması durumunda ve toplam kira bedelleri dikkate alındığında, devletin tek başına bir kamu

hizmetini kurup işletebilmesi olanaksız hale gelecek ve sözleşme yapma geleneği bir kısır döngü halini alacaktır. Bu ihtimal düşünüldüğünde aslında söz konusu hizmetin ilk başlarda bedelsiz olarak kurulabileceği kabul edilse de geniş perspektifte bu tezin daha pahalıya geleceği sonucuna ulaşılabacaktır.

Özel sektörün kamu işbirliğindeki dinamizmi, etkin kaynak kullanımı, hızlı hareket kabiliyeti ve yeni bir bakış imkânı sunabilme kapasitesindeki devlete nazaran üstünlüğünden doğru şekilde ve daha da önemlisi daha az maliyetli yararlanılabilmesi durumunda bu yeni yöntemin faydası görülebilir. Ayrıca Kamu özel işbirliği projeleri ile kamu sektörü, özel sektörün proje konusu tesislerin tasarlanması ya da hizmetin sunulma yöntemine dair yenilikçi yaklaşımlarından da bu kapsamda yararlanılıp özel sektör girişimci ruhunun kamu hizmetlerinde kullanımı sağlanması mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak bu çalışma da klasik kamusal yatırım modellerinden ayrılan ve kamu hizmetlerine yeni bir bakış açısı sunabilecek olan biri olan Public Private Partnerhips (Kamu Özel İşbirliği) uygulaması çeşitli açılardan ele alınmıştır. Bu kapsamda söz konusu yeni uygulamanın karakteristik özellikleri, kavram sorunsalı, olumlu ve olumsuz yönleri, sözleşme yapım süreci, sorumluluk konuları incelenmiştir.

KAYNAKLAR

ACARTÜRK, Ertuğrul /

KESKİN, Sabiha :“Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, SDÜİİBFD., Y. 2012, C. 17, S. 3, s. 25-51.

AKSOYGÜL ALSAN, Pınar:“Türk Sağlık Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, 2012, Y. 2, S. 2, s. 59-66.

AKYILMAZ, Bahtiyar /

SEZGİNER, Murat /

KAYA, Cemil :Türk İdare Hukuku, Ankara, 2012.

ATASOY, Hidayet :Kamu-Özel İşbirliği ve Türkiye’de Belediyelerin Altyapı Projelerinin Finansmanında Uygulanabilirliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Şubat 2011.

BARLAS, Nami :Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 1998.

BAŞTÜRK, Faruk :“Finansal Kiralama Sözleşmesinin Şekli ve Tescili veya Şerhi”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 99-133.

BAYRAMOĞLU, Sonay :Yönetişim Zihniyeti: Türkiye’de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü, İstanbul, 2005.

BOZ, Selman Sacit :“Elektronik İhale (E-İhale)”, KHUKA, Y. 16, S. 1-32, 2013, s. 9-26

BUDÄUS, Dietrich /

EİCHHORN, Peter (drl.):Public Private Partnership. Neue Formen Öffentlicher Aufgabenerfüllung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997.

BULT-SPIERİNG, Mirjam /

DEWULF, Geert :Strategic Issues in Public-Private Partnerships, Blackwell Publishing, 2006.

- BUTTON, Maurice, (edt.):**A Practical Guide to PPP in Europe, B. 1, City & Financial Publishing, Surrey, İngiltere, 2006.
- CEBECİ, Ayşe** :“Kamu Özel Ortaklığı ve Koordinasyonu Sağlayan Kurum Olarak YOİKK”, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s. 84-100.
- CORNER, David** :“The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk”, OECD Journal on Budgeting, Volume 5, Number 3, 2006.
- ÇAKAN, Cemal** :Finansal Kiralama (Leasing) ve Türkiye Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- ÇEKİRGE, Halis Levent:** Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- DURAN, Lütfi** :“Yap-İşlet-Devret Modeli”, AÜSBFD.. 1991, C. 46, S. 1-2, s. 47-170.
- DYTON, Richard /**
- BAVISHI, Raj** :(Simmons&Simmons), İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri, London&İstanbul, 2008.
- EIB** :The EIB’s Role in Public-Private Partnerships (PPPs), European Investment Bank, Luxembourg, 2004.
- EKER, Ali Yıldırım:** “Kamu Özel Sektör Ortaklıkları”, Bütçe Dünyası Dergisi, Bahar-2007, C. 2, S. 25.
- EMEK, Uğur** :Altyapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri, İstanbul, 2010.
- ERBAŞ, Özgür /**
- YAVUZ, Cavit Işık /**

- İLHAN, Bayazıt** :Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, B. 1, Aralık 2012, Ankara.
- EROL, Ahmet** :“Finansal Kiralama (Leasing)”, Mükellefin Dergisi, S. 77, Mayıs 1999, s. 73-89.
- ERSÖZ, Melis** :Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnership Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- GİRİTLİ, İsmet /**
BİLGEN, Pertev /
AKGÜNER, Tayfun:İdare Hukuku, İstanbul, 2006.
- GÖZLER, Kemal /**
KAPLAN, Gürsel :İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref /**
TAN, Turgut :İdare Hukuku, C. 1, Ankara, 2010.
- GREVE, Carsten /**
HODGE, Graeme :The Chalenge of Public-Private Partnerships, UK, 2005.
- GÜLEN, Fikret** :Özelleştirme, “Yap-İşlet-Devret, Kamu Özel Sektör İşbirliği”,<http://www.yayed.org/id81incelemeler/ozellestirme-yap-islet-devret-kamu-ozel-sektor-isbirligi.php>, e.t. 19.02.2013.
- GÜNEŞ, Ahmet M.**:“Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem Kamu Özel Ortaklığı”, Güncel Hukuk, Şubat 2009 / 2-62, s. 58-62.
- GÜNGÖR, Harun** :Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Değerlendirme, Planlama Uzmanlığı Tezi, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Yayın No.2831, Sosyal Sektörler ve Koordinasyonlar Genel Müdürlüğü, Ekim, 2012.
- GÜZELSARI, Selime**:“Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş

Reform, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No. 598, s. 43-47.

HARRIS, Stephen :“PPP: Key Measures for Government Based on UK and International Experience”, Uluslararası PPP Zirvesi ve Sempozyumu, Ankara, 2006.

IMF :Public Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, Washington DC, 2006.

JORNA, Frans /

WAGENAAR, Pieter /

DAS, Enny /

JEZEWSKI, Jan :“Public-Private Partnership in Poland: A Cosmological Journey,” Administration & Society, Volume/Issue: 42/6, October 2010.

JOYNER, Kate :“Dynamics Evolution in Public-Private Partnerships, The Role of Key Actors in Managing Multiple Stakeholders”, Managerial Law, Volume. 49, No. 5/6, 2007.

KARAHANOĞULLARI,

Onur :“Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)”, AÜSBFD., C. 66, No. 3, 2011, s. 177-215.

KARAHANOĞULLARI,

Onur :“Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)”, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s. 128-163.

KARAHANOĞULLARI,

Yiğit :“Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi”, AÜSBFD., C. 67, No. 2, 2012, s.95-125.

- KARASU, Koray** :“Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı”, AÜSBFD., C. 66, No. 3, 2011, s. 217-262.
- KARASU, Koray** :“Sağlık Hizmetinde KÖO”, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s. 164-231.
- KASAPOĞLU TURHAN, Mine**:“Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s.101-127.
- KERMAN, Uysal /
ALTAN, Yakup /
AKTEL, Mehmet /
EKE, Erdal** :“Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması”, SDÜİİBFD., Y. 2012, C. 17, S. 3, s. 1-23.
- KESKİN, Sabiha** :Türkiye’de Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Kamu-Özel Ortaklığı Modeli (Aydın Örneği), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- KEŞLİ, Ahmet T.**:(Kamu Özel İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuku Rejimi, İstanbul, 2012
- KİLCİ, Metin** :“Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmede Yeni Yaklaşım: Özel Sektör Kamu Sektörü İşbirlikleri”, Uluslararası KÖSİ (PPP) Zirvesi ve Sempozyumu, Tebliğ, 15.09.2006, Ankara.
- National Council for Public-Private Partnerships-NCPPP** :For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships To Meet America’s Essential Needs, Washington DC, ABD, 2002.
- OECD** :Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money, 2008.

- ONAR, Sıddık Sami:**İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İstanbul, 1966.
- POROY, Reha /**
TEKİNALP, Ünal /
ÇAMOĞLU, Ersin :Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005.
- PRICE, David :**“Dünyada Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı: Kavram ve Değişimler”, Konuşma Metni, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s. 13-28.
- SARISU, Ayhan :**Kamu&Özel İşbirlikleri, (Public&Private Partnerships-PPP) Ankara, 2009, (Kamu&Özel İşbirlikleri).
- SARISU, Ayhan :**“International PPP Platform Turkey As Başkanlığı Sunumu”, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul, 2008.
- SAYIN, Hediye :**Tek Kişilik Ortaklık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ağustos, 2008.
- ŞAHİN, Mehmet /**
UYSAL, Özge :“Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine”, Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, s. 155-174.
- ŞENEL TEKİN, Perihan :**Türkiye’de Sağlık Sektöründe Bir Finansman Yöntemi Olarak Kamu-Özel Ortaklığı Politikasının Politika Haritalama Yöntemi İle Analiz Edilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- TEKİN, Ali Güner :**T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Daire Başkanı, “Kamu-Özel İşbirlikleri / Ortaklıkları (PPP) & Türkiye Deneyimi”, Mayıs, 2008, ppt sunumu, s. 3, www.oib.gov.tr, e.t. 19.02.2013.

Türkiye Bilişim Derneği,

Kamu Bilgi İşlem Merkezleri

Yöneticileri Birliği :Kamu Bilişim Platformu XIII, “Kamu Özel Sektör İşbirliği Çerçevesinde BT Alım Yöntemleri, Nihai Rapor, Nisan 2011”.

T.C. Maliye Bakanlığı

AB ve Dış İlişkiler

Dairesi Başkanlığı,

Avrupa Komisyonu(Çev.) :Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Brüksel, 30.04.2004, COM (2004), 327 Nihai.

T.C. Başbakanlık Özelleştirme

İdaresi Başkanlığı :2009-2012 Strateji Raporu, Ankara, 2008.

UZ, Abdullah :“Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP), (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, GÜHFD., C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1165-1182.

YERELİ, Ahmet Burçin /

KIZILTAN, Mustafa:“Kamu-Özel İşbirliği Projeleri ve Kırgızistan Ekonomisi Açısından Önemi”, International Conference On Eurasian Economies, 2011, s. 246-25.

YILDIRIM, Ramazan:İdare Hukuku Dersleri I, Konya, 2012.

YILDIRIM, Ramazan:İdare Hukuku Dersleri II, Konya, 2012.

YILMAZ, Ferimah Yusufi /

GÜLTEKİN KARAKAŞ, Derya:“Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı'nın Yapısal/Konjonktürel ve Türkiye'ye Özgü Nedenleri”, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s. 29-83.

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU (BTK)

Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN*

ÖZET

Bilgi çağının neden olduğu tartışmasız etki sebebiyle, bilgi teknolojileri ve iletişim, dünyada hızlı bir değişim ve gelişim sürecindedir. Teknoloji alanındaki büyük gelişmeler ve bilgi alışverişinin geçmişe oranla çok daha hızlı ve kolay olması bir çok alanda olduğu gibi bilgi teknolojileri ve iletişim alanında da değişikliklere öncülük etmiştir. Bunun sonucu olarak, bu değişimden etkilenen en önemli sektörlerin başında telekomünikasyon gelir. Bu çalışmada Türkiye'de telekomünikasyon sektörünü düzenleyen ve denetleyen, merkezi idareden bağımsız düzenleyici ve denetleyici kamu kurumu olarak faaliyet yürüten Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) incelenecektir.,

Telekomünikasyon Kurumunun 05.11.2008 tarihinde 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile ismi değiştirilmiş, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu adını almıştır. Bu Kanunla Kurumun niteliğinde, hukuksal yapısında, görev ve yetkisinde bir takım değişikliklere gidilmiştir. Bu çalışmada, söz konusu Kanun ışığında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu incelenecektir.

* Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
İletişim: mehmetfatihgurkan@gmail.com

Çalışmada Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu özele inilerek ele alınmıştır. Bu çalışmada Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun tanımı, özellikleri, görev ve yetkileri, kurumsal yapısı, hukuksal yapısı ve kararlarına karşı yargı denetimi incelenecektir.

Özellikle iletişimin denetlenmesi konusundaki son zamanlardaki hukuksal tartışmalar bu kurum üzerindeki dikkatleri arttırmıştır. Kurumla ilgili hukuki bir çalışmanın da olmaması, kurum üzerinde niteliksiz tartışmaları beraberinde getirmiştir. Yapılan bu çalışma, merkezi idareden bağımsız olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Düzenleyici ve Denetleyici Kurum, Bağımsız İdari Otorite, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu.

DEPARTMENT OF INFORMATION TECHNOLOGY AND COMMUNICATIONS AS A REGULATORY AND SUPERVISORY AUTHORITY

ABSTRACT

Because of the undisputable effect caused by the age of information; information Technologies and communication is in a rapid development and change process. Significant improvements in technology and easier and faster information exchange have led many changes in information technology and communication. As a result, telecommunication is one of the most important sectors being influenced. This study will analyse Information and Communication Technologies Authority (BTK) organizing and supervising the telecommunication sector in Turkey and working as an organizer and supervisor public corporation independent of central administration.

Telecommunication Institute's name was changed on 5.11.2008 due to the Electronic Communication Act no 5809 and became Information

and Communication Technologies Authority. This Act also made some changes in the quality, legal structure, duty and authorization of the institution. This study will analyse Information and Communication Technologies Authority within the scope of Act.

In this study, Information and Communication Technology Authority was studied based on a special subject. This study will focus on the definition of Information and Communication Technologies Authority as well as its features, duty and authorizations, corporate structure, legal structure and judicial review against its decisions.

Especially the recent legal discussions on the supervision of communication draw the attention on this institution. Therefore, that there is no legal work on the institution caused unqualified discussions on the institution. This study will ensure a better understanding of Information and Communication Technologies Authority independent of central administration.

Keywords: Information and Communication Technologies Authority as an Organizing and Supervising Institution, Organizing and Supervising Institution, Independent Administrative Authority, Information and Communication Technologies Authority.

A. GENEL OLARAK

Dünyada meydana gelen sosyal, ekonomik, teknolojik ve kültürel değişimler sonucunda devletlerin yüklendiği kamu hizmetleri artmış ve daha karmaşık hale gelmiştir. Küreselleşme olarak tabir edilen bu süreç sonucunda, insanların devletten beklediği hizmetin, niteliği ve niceliği artmış, devlet yönetiminde saydamlık ve hesap verilebilirlik daha çok zikredilir hale gelmiştir.

Son yıllarda gelişen teknoloji ile bazı kamu kurumlarının ve kamu hizmetlerinin klasik idari ve yargısal denetim yollarıyla denetlenmesinde ortaya çıkan sorunlar nedeniyle ve yürütme organının siyasi niteliği dolayısıyla tarafsızlığı konusundaki güvensizlik neticesinde, bazı alanlarda hukuk devletinin gerektirdiği adil ve tarafsız denetimin

sağlanması için "*Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları*"¹ kurulmuştur².

Karşılaştırmalı idare hukukuna baktığımız zaman, özellikle ABD'de "*Independent Regulatory Agencies*" olarak isimlendirilen, yürütme ve yasama organından bağımsız kurumlarla karşılaşmaktayız. Bu kurumlar; hizmet alanıyla sınırlı kalmak şartıyla düzenleme ve denetim yapan, belli yaptırımlar uygulayabilen kurumlardır. ABD'de yasama ve yürütme organından bağımsız olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Fransa'da yürütme organı içinde düzenlenmiş ve yürütme organının bir uzantısı olarak kabul edilmiştir³.

Radyo ve televizyon yayıncılığı, enerji, bankacılık, telekomünikasyon ve sermaye piyasaları gibi kritik, önemli alanlarda düzenleme, denetleme yapma ve yaptırım uygulama gibi yetkilerle donatılmış yargı ve yürütme organından bağımsız, yargı benzeri kamu kurumları "*Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumu*" olarak tanımlanabilir⁴.

¹ Bu konuda bazı yazarlar Düzenleyici ve Denetleyici Kurum yerine Bağımsız İdari Otorite veya Bağımsız İdari Kuruluşlar / Kurullar ifadesini kullanmıştır. Ender Ethem ATAY ve Zehra ODYAKMAZ Bağımsız İdari Otoriteler, Metin GÜNDAY ise; Bağımsız İdari Kurumlar ifadesini tercih etmektedir.

² AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, B. 4, Ankara, 2013, s. 342; TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, B. 2, Ankara, Eylül, 2013, s. 193-195; ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C. I, Ankara, 2012, s. 283-285; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C. I, B. 9, Ankara, 2013, s. 312.

³ YILDIRIM Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri I**, B. 4, Konya, 2012, s. 148.

⁴ NOHUTÇU Ahmet, **İdare Hukuku**, 6. B., Ankara, 2012, s. 243. Başka tanımlar için Bkz. ATAY Ender Ethem, "*Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi*", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 6**, Ankara: Rekabet Kurumu Yayın No: 57, 2000, s. 65-66; ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 2013, s. 167; ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, B. 3, Ankara, 2013, s. 388; ERGÜN Çağdaş Evrim, "*Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler*", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 50, 2004, s. 46; ULUSOY Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara, 2003, s. 2; ULUSOY Ali, "*Türkiye için Nasıl Bir Bağımsız İdari Otorite Modeli*", **II. Bağımsız Kurullar ve Piyasa Ekonomisi Arenası**, İstanbul: STEAM, 17 Aralık 2002, s. 89; ATİYAS, İzak, "*Bağımsız Düzenleyici Kurulların Ekonomik Gereçekleri*", II. Bağımsız Kurumlar ve

Türkiye'deki düzenleyici ve denetleyici kurumlara örnek olarak; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Şeker Kurumu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Rekabet Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Tütün ve Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kamu İhale Kurumu gösterilebilir.

Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumu olan BTK, telekomünikasyon sektörünü denetlemek için kurulmuş bağımsız bir kuruluştur. Eski ismi Telekomünikasyon Kurumu⁵ olan BTK, 10.11.2008 tarihli 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile yeni bir düzenlemeye tabi olmuş ve ismi değişmiştir.

Telekomünikasyon sektörü günümüzde bilgiye dayalı bir ekonominin gelişmesinde önemli rol oynamaktadır. Birkaç istisna dışında tüm dünyada telekomünikasyonun hizmetleri uzun süre devlet tekelinde sunulmuştur⁶. Ülkemizde de bu sektöre ilişkin düzenleme yapma yetkisi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun tekelindedir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin bir şekilde rekabetin sağlanmasını, tüketici haklarının korunmasını, ülke genelinde faaliyet alanıyla ilgili hizmetin yaygınlaşmasını, kaynakların etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasını, alanıyla ilgili teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların sağlanmasını amaçlamaktadır⁷.

Piyasa Ekonomisi Arenası, İstanbul: STEAM, 17 Aralık 2002, s. 16-21; DURAN, Lütfi "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Amme İdaresi Dergisi**, c. 30, S. 1, 1997, s. 5.

⁵ 2813 sayılı Telsiz Kanununda değişiklik yapan 27.1.2000 tarihli ve 4502 sayılı Kanunla Telekomünikasyon Kurumu kurulmuştur.

⁶ YILDIRIM, s. 150; GİRAY Filiz, "Telekomünikasyon Sektöründe Liberalizasyon ve Türkiye'deki Durum", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Ekim, 2007, s. 13.

⁷ ODYAKMAZ Zehra / KAYMA Ümit / ERCAN İsmail, **Anayasa Hukuku İdare Hukuku**, 11. B, Ankara, 2010, s. 479; KARAKURT Alper, "Evrensel Hizmet Yükümlülüğü", **Rekabet Dergisi**, S. 21, Mart 2005, s. 2; NOHUTÇU Ahmet, **İdare Hukuku**, 6.B, Ankara, Şubat 2012, s. 246.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu faaliyetlerinde bir takım ilkelere uymak zorundadır. Bu ilkelere uyulması hukuk devletinin gereğidir ve söz konusu ilkeler sayesinde telekomünikasyon sektöründe adaletin ve adil bir rekabet ortamının sağlanması amaçlanmaktadır.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bir bakanlıkla ilişkilendirilmiştir. Bu bakanlık 5809 sayılı Kanunda Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı olarak belirlenmiş, söz konusu bakanlığa BTK'nın faaliyet alanıyla ilgili bir takım görevler⁸ verilmiştir.

B. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMUNUN FAALİYETLERİNE HAKİM OLAN İLKELER

5809 sayılı Kanunun 4. maddesinde bu ilkeler şu şekilde sıralanmıştır^{9, 10}:

-Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması: Küreselleşme ile devletin piyasalarda hem oyuncu hem de düzenleyici rolünün artması neticesinde, devletin ağırlıklı olarak hakem rolü üstlenmesi gereği ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle, piyasalarda başka bir rol almasında etkinliği artmıştır¹¹. Bu bağlamda BTK uzmanlık alanı olan konularda serbest ve etkin bir rekabet ortamının sağlanmasında önemli bir rol üstlenir.

-Tüketici hak ve menfaatlerinin gözetilmesi.

-Kalkınma planları ve Hükümet programlarındaki hedefler ile Bakanlık tarafından belirlenen strateji ve politikaların gözetilmesi.

⁸ GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 12. B, Bursa, Ekim 2012, s. 250. Ayrıntılı bilgi için Bkz. 5809 Sayılı Kanunun md. 5.

⁹ ALTAŞ Hüseyin, **Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları 2**, <http://huseyinaltas.net/dersler/telekomunikasyon-hukuku> (e.t 01.11.2013) , s. 1.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. AKGÜL, Şeyma, "*Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Hakları*", **Hukuk Gündemi Dergisi**, S. 5, 2006, s. 86-91.

¹¹ ÖZ, Gamze / GÜL, İbrahim / CANTÜRK, İsmet, "*Rekabet ve Küreselleşme Olgusu Karşısında Devletin Rolü*", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 2008, s. 67.

-Herkesin, makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi.

-Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabılır olması.

-Aksi kanun ve diğer düzenleyici işlemlerde öngörülmedikçe niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların verimli kullanılmasının gözetilmesi.

-Elektronik haberleşme sistemlerinin uluslararası normlara uygun olması.

-Teknolojik yeniliklerin uygulanması ile araştırma-geliştirme faaliyet ve yatırımlarının teşvik edilmesi.

-Hizmet kalitesi artırımının teşvik edilmesi.

-Milli güvenlik ile kamu düzeni gereklerine ve acil durum ihtiyaçlarına öncelik verilmesi.

-İşletmecilerin, ara bağlantı da dâhil olmak üzere erişim ücretleri ile hat ve devre kiralalarını da kapsayacak biçimde, elektronik haberleşme hizmeti sunulması karşılığı alacakları ücretleri serbestçe belirlemesi.

-Elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin kurulması, kullanılması ve işletilmesinde insan sağlığı, can ve mal güvenliği, çevre ve tüketicinin korunması açısından asgari uluslararası normların dikkate alınması.

-Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde tarafsızlığın sağlanması.

-Teknolojik yeniliklerin kullanılması da dâhil olmak üzere özürsüz, yaşlı ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç diğer kesimlerin özel ihtiyaçlarının dikkate alınması. Bilgi güvenliği ve haberleşme gizliliğinin gözetilmesi.

C. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMUNUN KURUMSAL YAPISI

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 5809 sayılı Kanun ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kurulan, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir. BTK, kurul ile başkanlık teşkilatından¹² oluşur. Kurul başkanı, kurumun da başkanıdır. Kurumun hizmet birimleri; hukuk müşavirliği, daire başkanlıkları ve müdürlükler şeklinde teşkilatlanmış ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşan merkez teşkilatı birimleri ile bölge müdürlükleri şeklinde teşkilatlanmış taşra teşkilatı birimlerinden oluşur¹³.

BTK, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, Başkanlık, Ana Hizmet Birimleri, Yardımcı Hizmet Birimleri, Danışma Birimleri, Bölge Müdürlükleri ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı olmak üzere yedi birimden oluşur.

BTK taşrada ise Bölge Müdürlükleri şeklinde örgütlenmiştir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununa göre hizmet gereklerinin zorunlu kıldığı hallerde, ülke genelinde toplam sayısı onu geçmemek üzere, bölge müdürlükleri kurulabilir. Şuandaki bölge müdürlükleri; Ankara, Diyarbakır, Erzurum, İstanbul, İzmir, Mersin ve Samsun'dur.

Kurum personeli 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabidir. Personelden kadro karşılığı sözleşmeli olarak çalıştırılacak personelin unvan, sayısı, nitelikleri, ücretleri ve diğer mali ve sosyal hakları Kurulun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığı'nın uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir. Kurul başkanı ve üyelerinin aylık ücretleri en yüksek devlet memurunun her türlü ödemeler dâhil aylık net ücretinin iki katını geçmemek üzere ilgili bakanının önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir¹⁴.

¹² Teşkilat Yapısı için Bkz. www.btk.gov.tr/kurum_hakinda/kurulus/organizasyon_semi_asi.php (e.t. 05.10.2013).

¹³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilat Yönetmeliği md. 4.

¹⁴ 4502 sayılı Kanun md. 14.

D. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMUNUN GÖREVLERİ

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görevleri teşkilat yönetmeliğinde sayılmıştır. Yönetmelikteki bu görevleri¹⁵; yetkilendirme, denetleme, uzlaştırma, tüketici haklarının korunması, bilgi teknolojileri, iletişimin denetlenmesi, teknik düzenlemeler, spektrum yönetimi ve denetimi şeklinde gruplandırabiliriz¹⁶.

1. Yetkilendirme

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 3. maddesinde yetkilendirme "*elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununa göre, Ulaştırma Bakanlığının strateji ve politikaları dikkate alınarak, yetkilendirme ile ilgili düzenlemeleri yapmak ve bu konuda gerekli yönetmelikleri çıkarmak, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görevleri arasındadır. Elektronik haberleşme sektöründe yetkilendirme ile esas olarak¹⁷; Sektördeki oyuncu sayısının arttırılarak, rekabetçi bir ortamın oluşturulması, sektörde güven ortamının tesis edilmesi, yerli ve yabancı yatırımın teşvik edilmesi, sektörün sağlıklı gelişiminin sağlanması, ülke kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, hizmetlerin yaygınlaşması, tüketicilere belirli kaliteyi haiz hizmet sunulmasının sağlanması ve tüketicilerin korunması hedeflenmektedir.

2. Denetleme

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun amacı, elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin

¹⁵ Bu görevler Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilat Yönetmeliğinin 5. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

¹⁶ ODYAKMAZ / KAYMAK / ERCAN, s. 478.

¹⁷ www.btk.gov.tr/kurum_hakkinda/gorevler/yetkilendirme/index.php (e.t. 06.10.2013).

tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olarak düzenlenmiştir¹⁸.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında işletmecilerin aldıkları lisans sözleşmelerinin şartlarına uyup uymadıkları, kişisel telekomünikasyon tesislerinin kullandıkları teçhizatların standartlara uygunluğu ve telekomünikasyon sektörünün ilgili mevzuata uyup uymadığı denetlenmekte ve spektrum izleme ve denetimi de yapılmaktadır¹⁹.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun denetleme yetkisi; düzenleme denetlemeleri, spektrum izleme ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi, elektronik sertifika sağlayıcılarının denetimi ve son olarak uzlaştırma olarak sınıflandırılmaktadır.

a. Düzenleme Denetlemeleri

İşletmeciler tarafından yerine getirilen telekomünikasyon hizmetleri, özelliği gereği olarak kamu hizmeti olması, milli güvenlik ve kamu hizmeti olması açısından devamlılığı ve güvenliğinin gerekliliğinden dolayı önemlidir. BTK bu sektörde yer alan işletmecileri denetlemekte ve işletmecilere yönelik mali, teknik, hukuki ve idari nitelikte düzenlemeler yapmaktadır. BTK kendisine gelen şikâyetler doğrultusunda veya re'sen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümlerince telekomünikasyon sektöründeki işletmeler üzerinde denetleme yetkisini kullanır.

b. Spektrum İzleme ve Denetimi

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun da göre spektrum; *"Elektronik haberleşme amacıyla kullanılan, frekansı 9 kHz-3000 GHz arasında olan ve uluslararası düzenleme yapılması halinde 3000 GHz'in üzerindeki frekanslar da dahil olmak üzere elektromanyetik dalgaların*

¹⁸ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilat Yönetmeliğinin 5. Maddesi.

¹⁹ www.btk.gov.tr/kurum_hakkinda/gorevler/denetleme/index.php (e.t. 06.10.2013).

frekans aralığı" dır. BTK spektrum izleme ve denetimi altında 5809 sayılı Kanununun belirlediği işlevleri²⁰ yerine getirir²¹.

c. Piyasa Gözetimi ve Denetimi

Bir ürünün piyasaya arzı veya dağıtımı aşamasında veya piyasada iken yetkili kuruluş tarafından gerçekleştirilen denetime piyasa gözetimi ve denetimi denir. 2001/3529 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 17 Ocak 2002 Tarihli ve 24643 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "*Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik*" hükümlerine göre, ülkemizdeki mevcut telsiz ve telekomünikasyon terminal ekipmanlarına yönelik piyasa gözetimi ve denetimi²² işlerinden sorumlu ve yetkili kuruluş Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumudur²³.

d. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının Denetimi

5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 15. maddesinde "*elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının bu Kanunun uygulanmasına ilişkin faaliyet ve işlemlerinin denetimi Kurumca (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) yerine getirilir*" ifadesine yer verilmiştir. Kurum, gerekli gördüğü zamanlarda elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarını denetleyebilir. Denetleme sırasında, denetleme yapmaya yetkili görevliler

²⁰ a) Telsiz haberleşmesinde usulsüz ve kaçak yayınlar ile enterferansları izlemek, tespit etmek, gidermek ve bu duruma sebebiyet verenler hakkında gerekli işlemleri yapmak b) Telsiz haberleşmesinde ulusal ve uluslar arası teknik monitör hizmetlerini yürütmek ve uluslar arası kuruluşlar ile koordineli olarak çalışmalara iştirak etmek c) Telekomünikasyon sektöründe kullanılan teçhizatın standartlara uygunluğunu denetlemek ve uygun olmayanların kaldırılmasını sağlamak d) Ruhsat verilen telsiz sistemlerini, servis kalitesi ve verilen ruhsatlar doğrultusunda denetlemek e) Her türlü telsiz yayınının birbirlerini etkilemeyecek şekilde yürütülmesini denetlemek, frekans bantlarının uygun şekilde kullanımını denetlemek ve uygunluğu sağlamak için gerekli tedbirleri almak, ilgili birimlerle bu konuda iş birliği yapmak f) Telsiz sistemleri ile ilgili teknik denetim ve enterferans şikâyetlerinin incelenmesini sağlayacak teçhizatın temini, tesisi, bakımı ve işletmesini yapmak.

²¹ Bu konuya ilişkin kurul kararları için bkz. www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/kurul_kararlari_list.php ve www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/kurul_kararlari_list.php (e.t. 02.11.2013).

²² Bu konuya ilişkin kurul kararları için bkz. www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/kurul_kararlari_list.php. (e.t. 05.10.2013).

²³ www.btk.gov.tr/kurum_hakkinda/gorevler/denetleme/piyasa_gozetimi_ve_denetimi.php (e.t. 06.10.2013).

tarafından her türlü defter, belge ve kayıtların verilmesi, yönetim yerleri, binalar ve eklentilerine girme, yazılı ve sözlü bilgi alma, örnek alma ve işlem ve hesapları denetleme isteminin elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları ve ilgililer tarafından yerine getirilmesi zorunludur. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının (ESHS) denetlenmesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının denetlenmemesi, eksik denetlenmesi veya iyi denetlenmemesinden dolayı meydana gelen zararları Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarına rücu etmek şartıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu tazmin eder.

3. Uzlaştırma

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6. maddesine göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılmaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almakla görevlidir.

4. Tüketici Haklarını Korunması ve Rekabetin Tesisi

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 16. maddesine göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, tüm erişim anlaşmalarının 5809 sayılı Kanunun amaç ve kapsamına, rekabetin ve tüketici haklarının korunmasına ve şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışılabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliğine uygun olarak tesis edilmesine ve uygulanmasına yönelik düzenlemeleri yapar. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu faaliyetlerinde rekabet ve tüketicinin korunmasını²⁴ ilke edinmiştir²⁵.

5. Bilgi Teknolojileri

Bilgi ve iletişim teknolojileri son yıllarda önemli bir gelişme göstermiş ve bu durum insan hayatında pek çok kolaylığı da beraberinde getirmiştir. Fakat bilgi teknolojilerinin kötüye kullanılmasıyla insanların

²⁴ AKGÜL, s. 89.

²⁵ Bu konuya ilişkin kurul kararları için bkz. http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/kurul_kararlari_list.php (e.t.02.11.2013).

özgürlüklerine yönelik tehlikeler veya saldırılar da meydana gelebilmektedir. Bilgi teknolojilerinin sağladığı yararlardan herkesin yararlanması ve kötüye kullanımıyla doğacak zararları engellemek için dünyada, uluslararası ve bölgesel çalışmalar yapılmaktadır. Bu bakımdan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ilgili uluslararası antlaşmalar ve AB bünyesindeki çalışmalarda belirtilen görevler ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununca kendisine verilen görevleri yerine getirir.

6. İletişimin Telekomünikasyon Yolu İle İstihbarat-i ve Önleme Amaçlı Dinleme ve Kayda Alma

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, burada elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir. Türk mevzuatı uyarınca iletişimin denetlenmesi iki şekilde olabilir. Kişiler arası iletişim, toplumda huzur ve güveni sağlamak amacıyla suçun önlenmesi için önleme amaçlı denetlenebileceği gibi, işlenmiş bir suçun soruşturma ve kovuşturmasında delil elde etmek amacıyla adli amaçlı da denetlenebilir²⁶.

2005 yılında çıkarılan 5397 sayılı "*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla*" Türkiye'de iletişimin denetlenmesi faaliyetlerinin tek merkezden yürütülmesini sağlamak ve denetlemek üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı bünyesinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) adlı yeni bir birim kurulmuştur. TİB Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu başkanlığına doğrudan bağlıdır²⁷.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kurulmasıyla birlikte "*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve*

²⁶ KÖSE Hamit, **İletişimin Telekomünikasyon Yolu İle İstihbari ve Önleme Amaçlı Dinleme ve Kayda Alma**, Mesleki Uzmanlık Tezi (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu), Ankara, 2011, s. 4.

²⁷ GALERİ AYTEKİN, "*Türkiye'de İletişimin Denetlenmesi*", **Stratejik Düşünce Enstitüsü Analiz**, Ankara, Temmuz, 2010, s. 29.

Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik" Başbakanlık tarafından hazırlanarak 10.11.2005 tarihinde yürürlüğe konmuştur. Yönetmelik, gerek 5397 sayılı Kanun (önleyici/istihbarat amaçlı) ve gerekse 5271 sayılı CMK'da (adli amaçlı) belirtilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin usul ve esasları ile TİB'in görevlerini düzenlemiştir²⁸.

E. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMUNUN KARARLARINA KARŞI YARGI YOLU

1. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Hukuki Niteliği

2813 sayılı Telsiz Kanununun 5. maddesine göre, Telekomünikasyon Kurumu²⁹; kanunda belirtilen esasları uygulamak ve verilen diğer görevleri yerine getiren idari ve mali özerkliğe sahip, tüzel kişiliğe sahip, özel bütçeli bir kamu kurumu olarak tanımlanmıştır. Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır ve kurumun ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığıdır. Ayrıca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun Teşkilat Yönetmeliğinin 4. maddesinde "*Kurum, 2813 ve 5809 sayılı Kanunlar ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kurulan, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir*" şeklinde hüküm yer almaktadır.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu idari ve mali özerkliğe sahiptir. BTK'nın sahip olduğu idari ve mali özerklik merkezi idarenin hiyerarşik denetimine tabi olmamasını gerektir. Kurum bu idari özerkliğinin sonucu olarak, herhangi idari merci veya bakanlığın iznine

²⁸ GALERİ, s. 29.

²⁹ 27.1.2000 tarihli ve 4502 sayılı Kanun'la kurulan Telekomünikasyon Kurumu, 10.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanun'u ile yeni bir düzenlemeye tabi olmuş ve adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir.

veya icazetine tabi olmaksızın karar alıp uygulayabilme yetkisine sahiptir³⁰.

BTK üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır³¹. İdari vesayet kanuna dayanması zorunlu ve kanunda açıkça düzenleme bulunan yerlerde ve kanunun gösterdiği kapsamda ve genişlikte kullanılır. BTK'nın idari vesayete tabi olduğuna ilişkin herhangi bir kanun hükmü olmamakla beraber, BTK'nın Teşkilat Yönetmeliğindeki idari ve mali özerklik ibaresi zaten Kurumun idari vesayet ve hiyerarşik denetime tabi olmadığını açık bir şekilde göstermektedir.

Yerinden yönetim kuruluşlarının merkezi idare makamlarının denetimine tabi tutulmamış bulunan işlemleri söz konusu olduğunda idarenin bütünlüğü ilkesinin zedelendiği düşünülmektedir. İdari vesayet yerinden yönetim kuruluşları ile merkezden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlüğü sağlayan hukuksal araç olmasına rağmen, idarenin bütünlüğünü sağlayan tek araç idari vesayet olmaması nedeniyle bu düşünceye katılmıyoruz. Ayrıca, merkezi idare makamları, kanunla kendilerinin denetimine tabi tutulmamış yerinden yönetim kuruluşlarının işlemlerine karşı, bu işlemlerin hukuka aykırılıklarını ileri sürerek iptal davası açabilirler. Bu bağlamda merkezi idare iptal davası açarak, işlemlerin iptalini sağlayarak idarenin bütünlüğünü sağlayabilir³².

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise; düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları merkezi idarenin vesayet denetimine tabidir. İlk olarak düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının üyelerini merkezi idare atamaktadır³³. Nitekim Fransa'da bazı düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının üzerinde vesayet denetimi vardır. Örneğin Borsa İşlemleri Komisyonu ve Bankacılık komisyonunun bazı işlemleri Maliye Bakanlığının Denetimine tabidir. İkinci olarak; düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları doğrudan devlet tarafından kurulduğu için, devlet bu

³⁰ ASLAN Metin Sinan, **Telekomünikasyon Kurumu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 9.

³¹ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. B, Ankara, 2011, s. 576.

³² GÜNDAY, s. 576.

³³ YILDIRIM, s. 150.

kurumlara verdiği görevin hukuka uygun olduğunu denetlemek için kendine vesayet yetkisi tanıyabilir. Nitekim 08.08.2011 tarih ve 649 sayılı KHK ile 27.09.1984 tarih ve 3046 sayılı Kanunun 19/A maddesinin birinci fıkrasına "Bakan, bağlı ilgili ve ilişkili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir" cümlesi eklenerek bakanın vesayet yetkisinin olup olmadığı üzerine olan tartışma kesin olarak sona ermiştir. Ancak söz konusu hükümdeki her türlü yetki ibaresi eleştiriye açık olmakla beraber bakanın denetleme yetkisi, hiyerarşi yetkisi benzeri bir yetkiye neden olmaktadır. Bu durum da düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının yerine getirdikleri işlemlerin niteliklerinden dolayı, demokratik hukuk devleti ilkesine aykırıdır³⁴.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kendi uzmanlık alanıyla ilgili faaliyetler yürüten, Türk idari teşkilatında yer alan, merkezi idarenin vesayet denetimine tabi olan düzenleyici ve denetleyici kamu kurumudur.

2. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kararlarına Karşı Yargı Yolu

Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları faaliyet alanlarıyla ilgili işlemlerinde, kanun koyucu tarafından çok geniş yetkilerle donatılmıştır. BTK'nın bu işlemleriyle ilgili olarak yargısal denetime tabi olması demokratik hukuk devletinin gereği olduğundan, faaliyetlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenmesi gerekir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların özel ve teknik bilgi gerektiren alanlarda faaliyet göstermesi, bu kurumun kararları üzerinde yalnızca şekil ve usul yönünden, sınırlı bir yargısal denetim yapılması anlamına gelmez. Faaliyetleri etkin bir idari denetime tabi olmayan düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının karar ve işlemlerini sınırlı bir yargı denetimine tabi tutmak idarenin bütünlüğü ilkesine aykırılık oluşturur. Bu da, devleti demokratik bir hukuk devleti olmaktan uzaklaştırır³⁵.

³⁴ GÖZLER / KAPLAN, s. 249.

³⁵ GÜNDAY, s. 500

Bir düzenleyici ve denetleyici kamu kurumu olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun tüm düzenleyici işlemlerinin, kararlarının ve eylemlerinin idari yargı denetimine tabi olması hukuk devletinin gereğidir. BTK'nın düzenlemeleri, işlemleri ve eylemlerine karşı açılacak davalarda görevli mahkeme 02/07/2012 tarihinde 6352 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar Danıştay olarak düzenlenmekteydi³⁶. Bu Kanunla getirilen hükümle bu görev kısmen Danıştay'dan alınmış ve artık Danıştay Kanununun 24. maddesinin c bendine göre sadece ülke çapında çıkarılan düzenleyici işlemlerde yargı yeri Danıştay olarak belirlenmiştir. Bu hüküm Danıştay'ın mevcut olan aşırı iş yükünü hafifletmesi açısından uygun görülse de, düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının faaliyet alanlarının kamu menfaati açısından ne derece önemli olduğu düşünüldüğünde, yapılmaması gereken bir düzenleme olarak düşünülebilir. Demokratik hukuk devletinde olması gereken, bağımsız yargı kuruluşlarının iş yükünü azaltarak davaları hızlandırmak değil, olması gereken sistemi kurarak adil yargılamayı sağlamaktır.

6352 sayılı Kanunla Danıştay Kanununun 24. maddesinin c bendi değişmiş ve artık düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarına ilişkin davalardan sadece ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerde görevli mahkeme Danıştay olmuştur. Bu durumda, düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının ülke çapında uygulanmayan düzenleyici işlem, eylem ve kararlarına karşı görevli mahkeme, genel görevli mahkeme olan idare mahkemesidir^{37, 38}.

³⁶ Danıştay 19. Dairesi, T. 29.03.2010, E. 2009/2335, K. 2010/2589 "Kurum'un Sektörle İlgili İşlemlerine Karşı Açılan Davaların İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay'da Görülecek Olması Karşısında İdare Mahkemesi'nce Davanın Görev Yönünden Reddi Gerektiği" www.kazanci.com (e.t. 02.11.2013).

³⁷ Danıştay 13. Dairesi, T. 19.01.2011, E. 2011/120, K. 2011/103 "Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu Kararıyla Verilen - Danıştay'ın İlk Derece Olarak Bakabileceği İşler Arasında Bulunmadığı/Görüm ve Çözümünün İdare Mahkemesinin Görevine Girdiği" www.kazanci.com (e.t. 02.11.2013).

³⁸ ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, B. 3, Ankara, Ocak, 2013, s. 74; KALABALIK, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Konya, 2013, B. 6, s. 40-43; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetsel Yargı**, Ankara, Aralık, 2012, s. 33; DİRDİMAN,

02/07/2012 tarihli 6352 sayılı Kanununun 70. maddesinde yapılan değişiklik ile kurum kararlarına karşı yetkili mahkeme "yetkili idare" mahkemesidir ve bu davaları idare mahkemesi öncelikli olarak inceleyecek, ancak bu davalarda mahkeme, yerindelik denetimi yapamayacaktır.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun baz istasyonunun kaldırılması, telefon sabit ücreti, telefon abonelerinden alınan hizmet ücreti ve Bilgi Teknolojileri Kanununa bazı aykırılık hallerinde görevli yargı yeri hukuk mahkemeleridir³⁹.

3. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kararlarının İdari ve Mali Denetimi

Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları üzerinde merkezi idarenin idari vesayet denetimi olduğu, ancak hiyerarşi denetimi olmadığı yukarıda açıklanmaya çalışıldı. Ayrıca Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları idari vesayet dışında başka denetimlere de tabi olabilir ve BTK bu bağlamda Devlet Denetleme Kurumunun (DDK) ve Sayıştay'ın denetime tabidir⁴⁰. Ayrıca merkezi idarenin düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarına karşı iptal davası açabilmesi, bu kurumların idarenin bütünlüğüne aykırı olmadığını gösterir.

Anayasamızın 108. maddesine göre DDK "*İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu*

Cengiz, **İdari Yargının Genel Esasları**, Bursa, 2012, s. 35; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C. II, B. 6, Ankara, 2013, s. 70.

³⁹Y. 8. HD. E. 2009/7995, K. 2009/10277; Y. 13. HD. E. 18.12.2008/11001, K. 2008/15063; YHGK. E. 2009/13-122, K. 2009/189; Y. 13. DH. E. 2009/733, K. 2009/6925; AMK., E. 2010/66, K. 2010/91; Y. 4. HD. E. 2011/3701, K. 2011/5164; Y. 4. HD. E. 2011/7024, K. 2011/7211; Y. 4. HD. E. 2011/11469, K. 2011/10833; Y. 4. HD. E. 2011/15870, K. 2012/414; Y. 7. CD. E. 2009/1174, K. 2012/1435. www.kazanci.com (e.t. 02.11.2013)

⁴⁰ASLAN Metin Sinan, **Telekomünikasyon Kurumu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2003, s. 118.

kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar". Bu çerçevede, Başbakanlık, Bakanlıklar, bakanlıkların taşra ve yurt dışı örgütleri ve temsilcilikleri, Başbakanlık ve bakanlıklarına bağlı ve bunların ilgili kuruluşları ile denetimlerine tabi tüzel kişiliği olan veya olmayan tüm kurumlar, kurullar ve kuruluşlar; yerel yönetimler, YÖK, TRT, MİT, DPT, AKDITYK, üniversiteler, TSE, Anadolu Ajansı, T.C. Merkez Bankası gibi özerk, yarı özerk kamu kurum ve kuruluşları da DDK'nın denetimi altındadır⁴¹. Bu bağlamda DDK'nın BTK üzerinde anayasal bir denetim yetkisinden söz edilebilir.

Ülkemizde Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumlarının denetimi 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununun yürürlüğe girmesine kadar merkezi yönetim bürokrasisi içindeki müfettişler tarafından yürütülmekteydi. Bu durum ise, kurumların denetiminde yeknesaklık oluşmasını engelleyen bir niteliğe sahipti. 2006 yılında 5018 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumlarının mali açıdan denetimi Sayıştay tarafından yürütülmeye başlandı. Söz konusu kanuna ekli III. cetvelde mali açıdan Sayıştay'ın denetimine tabi olan kurumlar gösterilmiştir ve bu cetvele göre Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun mali denetiminde görevli mercii Sayıştay'dır⁴².

⁴¹ ATAY Cevdet, **Devlet Denetleme Kurumu**, İstanbul, 1998, s. 50.

⁴² GÖZLER / KAPLAN, s. 250; NOHUTÇU Ahmet, **İdari Yargı**, 5. B, Ankara, 2012, s. 80; KALABALIK s. 57; ER Selami, "*Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Dış Denetimi ve 5018 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler*", **Sayıştay Dergisi**, S. 68, Ocak-Mart 2008, s. 37; ÖZBİLGİN İzzet Gökhan, **Bilgi Teknolojileri Denetimi ve Uluslararası Standartlar**, Sayıştay Dergisi, S. 49, Nisan-Haziran 2003, s. 123.

SONUÇ

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ilk olarak Telekomünikasyon Kurumu adında Anayasamızın 167. maddesinden hareketle ve telekomünikasyon hizmetlerini düzenleme ve denetleme işlevlerini yerine getiren bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak kurulmuştur. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu adını alan kurumun görev ve yetkileri, gelişen teknoloji perspektifinde tekrardan düzenlenmiştir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, kuruluş Kanununda da belirtildiği üzere faaliyet alanındaki icraatlarında özerk ve bağımsızdır. Bu şu anlama gelir ki; BTK merkezi idarenin hiyerarşik denetimine tabi değildir. Merkezi idare emir ve talimat veremez. Ancak kurum üzerinde merkezi idarenin idari vesayet yetkisinin olup olmadığı doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bazı yazarlar merkezi idarenin, düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları üzerinde vesayet yetkisinin olmadığını ve bu durumun da idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı olmadığını belirtmişlerdir. Söz konusu yazarlara göre merkezi idare, bağımsız kurumların işlemlerine karşı dava yoluna başvurabilmekte ve böylece idarenin bütünlüğü sağlanmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre; bu kurumlar üzerinde idarenin vesayet yetkisinin olduğu, artık kanunla sabittir. Çünkü 08.08.2011 tarih ve 649 sayılı KHK ile 27.09.1984 tarih ve 3046 sayılı Kanunun 19/A maddesinin birinci fıkrasına "*Bakan, bağlı ilgili ve ilişkili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir*" hükmü eklenerek bakanın vesayet yetkisinin olup olmadığı üzerine olan tartışma kesin olarak sona ermiştir. Ayrıca düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarını Başbakanlık Teftiş Kurulu ve Devlet Denetleme Kurumu gibi kurumların denetleyebilmesi, kanun hükmü olmasa bile, bu kurumlar üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisi olduğunu gösterir niteliktedir.

Son zamanlarda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun istihbarat ve önleme amaçlı iletişimi denetlemesi kamuoyunda çok tartışılmaktadır. Bu görev dolayısıyla gündemde yer edinen Kurumun

hukuki niteliği ve faaliyetlerinin hukuka uygunluğu son derece tartışılmaya başlanmıştır. Ancak bu görevin yasal olduğu ve millet adına yargılama yapan mahkemelerimizin kararlarıyla yapılan bir faaliyet olduğu açıktır. Kurumun bu faaliyetleri, “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik*” ile düzenlenmiştir. Yönetmelik, gerek 5397 sayılı Kanun (önleyici/istihbarat amaçlı) ve gerekse 5271 sayılı CMK’da (adli amaçlı) belirtilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin usul ve esasları ile TİB’in görevlerini düzenlemiştir.

KISALTMALAR

A.A.	: Anadolu Ajansı
ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
AKDITYK.	: Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu
ANY.	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
BDDK.	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BTK.	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
Bkz.	: Bakınız
BİO.	: Bağımsız İdari Otorite
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
DDK.	: Devlet Denetleme Kurumu
DPT.	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
EPDK.	: Enerji Piyasaları Düzenleme Kurumu
ESHS.	: Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı
e.t.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi

K.	: Karar
md.	: Madde
MİT.	: Milli İstihbarat Teşkilatı
R.G.	: Resmi Gazete
RTÜK.	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SPK.	: Sermaye Piyasaları Kurulu
TİB.	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TRT.	: Türkiye Radyo ve Televizyonları
TSE.	: Türk Standartları Enstitüsü
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YÖK.	: Yüksek Öğretim Kurumu

KAYNAKLAR

- AKGÜL, Şeyma**, "Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Hakları", Hukuk Gündemi Dergisi, S. 5, 2006.
- AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil**, Türk İdare Hukuku, B. 4, Ankara, 2013.
- ALTAŞ Hüseyin**, Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları 2, <http://huseyinaltas.net/> dersler/telekomunikasyon-hukuku (e.t 01.11.2013).
- ASLAN Metin Sinan**, Telekomünikasyon Kurumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.
- ATAY Cevdet**, Devlet Denetleme Kurumu, İstanbul, 1998.
- ATAY Ender Ethem**, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 6, Ankara: Rekabet Kurumu Yayın No: 57, 2000.
- ATAY, Ender Ethem**, İdare Hukuku, B. 3, Ankara, 2013.

- ATİYAS, İzak,** “Bağımsız Düzenleyici Kurulların Ekonomik Gerekçeleri”, II. Bağımsız Kurumlar ve Piyasa Ekonomisi Arenası, İstanbul: STEAM, 17 Aralık 2002.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan,** İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2013,
- ÇAĞLAYAN, Ramazan,** İdari Yargılama Hukuku, B. 3, Ankara, Ocak, 2013.
- DERDİMAN, Cengiz,** İdari Yargının Genel Esasları, Bursa, 2012.
- DURAN, Lütfi,** “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler” Amme İdaresi Dergisi, C. 30, S. 1, 1997.
- ER Selami,** "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Dış Denetimi ve 5018 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler", Sayıştay Dergisi, S. 68, Ocak-Mart 2008.
- ERGÜN Çağdaş Evrim,** “Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, 2004.
- GALERİ Aytekin,** "Türkiye’de İletişimin Denetlenmesi", Stratejik Düşünce Enstitüsü Analiz, Ankara, Temmuz, 2010.
- GİRAY Filiz,** "Telekomünikasyon Sektöründe Liberalizasyon ve Türkiye’deki Durum", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Ekim, 2007.
- GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel,** İdare Hukuku Dersleri, 12. B, Bursa, Ekim 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut,** İdare Hukuku, C. I, B. 9, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut,** İdare Hukuku, C. II, B. 6, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref,** Yönetmelik Yargı, Ankara, Aralık, 2012.
- GÜNDAY Metin,** İdare Hukuku, 10. B, Ankara, 2011.

- KALABALIK, Halil**, İdari Yargılama Usulü Hukuku, B. 6, Konya, 2013.
- KARAKURT Alper**, "Evrensel Hizmet Yükümlülüğü", Rekabet Dergisi, S. 21, Mart 2005.
- KÖSE Hamit**, İletişimin Telekomünikasyon Yolu İle İstihbari ve Önleme Amaçlı Dinleme ve Kayda Alma, Mesleki Uzmanlık Tezi (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu), Ankara, 2011.
- NOHUTÇU Ahmet**, İdare Hukuku, 6.B, Ankara, Şubat 2012.
- ODYAKMAZ Zehra / KAYMA Ümit / ERCAN İsmail**, Anayasa Hukuku İdare Hukuku, 11. B, Ankara, 2010.
- ÖZ, Gamze / GÜL, İbrahim / CANTÜRK, İsmet**, "Rekabet ve Küreselleşme Olgusu Karşısında Devletin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2008.
- ÖZBİLGİN İzzet Gökhan**, Bilgi Teknolojileri Denetimi ve Uluslararası Standartlar, Sayıştay Dergisi, S. 49, Nisan-Haziran 2003.
- TAN, Turgut**, İdare Hukuku, B. 2, Ankara, Eylül, 2013.
- ULUSOY Ali**, "Türkiye için Nasıl Bir Bağımsız İdari Otorite Modeli", II. Bağımsız Kurullar ve Piyasa Ekonomisi Arenası, İstanbul: STEAM, 17 Aralık 2002.
- ULUSOY Ali**, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, 2003.
- YILDIRIM Ramazan**, İdare Hukuku Dersleri I, B. 4, Konya, 2012.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım**, İdare Hukuku, C. I, Ankara, 2012.

İNSAN HAKKI KUŞAKLARI ARASINDAKİ TAMAMLAYICILIK İLİŞKİSİ

Aydın TURHAN*

ÖZET

İnsan hakkı kavramı günümüzde en çok konuşulan ve üzerinde tartışılan konulardan biridir. Geçmişten beri hak kavramı özgürlük, eşitlik, adalet gibi kavramlarla birlikte anılmıştır. Hakların bu kavramlarla ilişkisi olmakla birlikte bu kavramlardan oldukça farklı olduğu yönler de vardır. İnsan hakkı kavramı ile devlet otoritesi sınırlandırılmış ve devletin bazı haklara bile müdahale edemeyeceği sınırlı bir alan oluşturulmuştur. Bu alana devletin müdahale edip edemeyeceği, bu alanın nasıl kullanılacağına ilişkin hukuki açıdan birçok tasnif yapılmıştır. Bu tasniflerin bir kısmında tarihsel süreç ikinci planda kalmıştır. Oysaki bu haklar birden ortaya çıkan haklar olmayıp tarihsel süreç içerisinde meydana gelen değişimlerden etkilenmiştir. Bu etkilenme ve tarihsel süreç dikkate alınarak yapılan tasnif sonucunda "kuşak"lara göre yapılan tasnif ortaya çıkmıştır. Kuşak kavramı birçok açıdan eleştirilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki kuşaklar içerisinde yer alan haklar birbirlerini etkilemiş olmakla birlikte bir kuşaktaki hakkın diğer kuşaktaki hakka herhangi bir üstünlüğü yoktur. Haklar arasında bir hiyerarşi olmayıp birbirlerini tamamlamaktadır. Kuşaklar arasındaki haklar bir bütündür ve bölünemez. İnsan haklarının evrenselliğinin sağlanması da bu hakların bölünmezliğine ve birbirini tamamlamasına bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: insan, hak, evrensellik, özgürlük, tamamlayıcılık

* Milas/Muğla Cumhuriyet Savcısı (turhanayd@hotmail.com), Doktora Öğrencisi

RELATIONSHIP OF COMPLEMENTARITY BETWEEN THE GENERATIONS OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The concept of human rights is today is one of the issues the most widely discussed on and spoken. The concept of rights has been mentioned with concepts of freedom, equality and justice since the past. Although the rights is the relationship with those concepts, there are quite different sides of rights. State authority is limited by the concept of human rights and a limited area which the state will not interfere with some human rights has been created .Many classifications have been made about whether , the state will interfere with or not and about how this area will be used from a legal point. In some of this classifications has remained the historical process in the background. Although these rights don't arise suddenly, they have been affected by changes occurred to the historical process. As a result of classifying done by considering this effect and the historical process, the classification according to "generations" has emerged. Generation concept has been criticized in many respects. However it should be noted that the rights contained in the generations have influenced each other but right in a generation is not any advantage to right in other generations. There are not a hierarchy between rights of generations. moreover they are complement of each other. Rights between generations are a whole and indivisible. The provision of universality of human rights depends on indivisibility and complementarity of these rights.

Keywords: human, right, universality, freedom, complementarity

GİRİŞ

İnsan hakları, insanın doğumla hatta bazı hakları cenin iken kazandığı haklar olup bireyin insan olarak varlığını, saygınlığını ve insanca yaşam koşullarını oluşturması için gerekli olan haklardır. Çağdaş demokratik devletlerde, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi devletin varlığının temel nedenlerinden biri olarak kabul edilmektedir.

İnsan haklarına paralel olarak devlet otoritesi sınırlandırılmış ve devletin bazı haklara müdahale bile edemeyeceği bireysel bir alan oluşturulmuştur. Devlet bazı durumlarda pasif bazı durumlarda aktif hareket ederek insan haklarını geliştirir ve gerçekleştirir.

Devletin, insan hakları karşısındaki bu durumu nedeni ile insan hakları kavramı ile ilgili olarak bazı sınıflandırmalar yapılmaktadır. Negatif-pozitif-aktif statü hakları, bireysel-kolektif haklar ayrımı ve konularına göre yapılan ayrımlar bu sınıflandırmaların başlıcalarıdır. Bu sınıflandırmalar da ağırlıklı olarak hakların niteliğine göre yapılmış olup insan haklarının tarihsel sürecini arka planda bırakmışlardır. İnsan haklarının gelişimi ve bu alandaki kazanımlar, kendiliğinden ortaya çıkmış değildir. Tarihsel mücadelenin bir ürünüdür. Tarihte meydana gelen sınıflar arasındaki çatışmalar, ekonomik ve sosyal yapılar bilinmeden insan hakları alanında yapılan tasnifler eksik kalacaktır. İnsan haklarını tarihi süreci ön plana çıkararak yapılan sınıflandırma ise kuşaklara göre yapılan sınıflandırmadır.

Kuşaklara göre yapılan ayrımı ilk defa 1979 yılında Karel Vasak tarafından dile getirilmiştir¹. Kuşaklara göre yapılan sınıflandırmada, insan hakları birinci kuşak, ikinci kuşak ve üçüncü kuşak insan hakları diye adlandırılmaktadır. Kuşaklar arasında yapılan sınıflandırmada da devlet ile insan hakları arasındaki ilişkinin niteliği ve ne olması gerektiğine değinilmekle birlikte tarihsel süreç ön plana çıkartılmıştır. Birinci kuşak haklar (siyasal ve kişisel haklar) özgürlük, ikinci kuşak haklar (ekonomik ve sosyal haklar) eşitlik, üçüncü kuşak haklar (dayanışma veya halkların hakları) ise dayanışma veya kardeşlik ilkelerinin siyasal hukuki uzantılarıdır. Günümüzde Karel Vasak tarafından yapılan ayrıma su hakkı, bilimin kötüye kullanılmaması gibi

¹Algan, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2007, Ankara, s. 46.

dördüncü bir kuşak hak grubunun da eklendiği de bazı kaynaklarda görülmektedir (Gül,2010,2).

Özgürlük, eşitlik ve dayanışma ilkeleri günümüzde bazen pozitif hukuk kurallarına yansımaya da evrensel olarak kabul gören değerlerdir. Bu değerlerin yansımaya olarak karşımıza çıkan üç kuşak insan hakkının birbirleri olan ilişkileri, insan haklarının tam olarak elde edilmesi açısından hassas bir konudur. Haklara aynı değerde değil farklı değerde önem verilmesi hukuk düzeni içerisinde hakların korunmasında farklılık arz eden bir durum ortaya çıkarabilir. Haklara farklı değerlerin verilmesi, ekonomik ve siyasal nedenlerden ortaya çıkmaktadır. Örneğin sosyal devlet anlayışının yıpranması ikinci kuşak hakları olan ekonomik ve sosyal haklarda bir gerilemeye neden olmaktadır.

İkinci kuşaktaki bu gerilemenin diğer kuşaklara etkisi veya bir kuşak hakkının içerisinde yer alan hakta meydana gelen ihlalin diğer kuşaktaki hakkın da ihlali olup olmayacağı kuşaklar arasındaki tamamlamıcılık ilişkisini ortaya çıkarır. Bu çalışmada kuşaklar arasındaki tamamlamıcılık ilişkisi ele alınacak olup özellikle kapitalizmin insan hakları kuşaklarının birbirlerini tamamlamıcılığı ilkesine etkisi incelenecektir. Ayrıca, insan hakları belirli bir mücadelenin kazanımı olduğu için ortaya çıkışının tarihsel süreci, insan hakları kuşaklarının ayrı ayrı olarak hangi hakları içerdiği, kuşaklardaki hakların birbirlerinden ayrıldığı noktalar ile birbirlerini tamamladığı noktalara değinilecek olup bu hakların birbiri ile bir bütün mü yoksa birbirlerinden bağımsız mı olduğu, kuşaklar arasında bir hiyerarşi olup olmadığı, insan haklarının evrenselliği ilkesinin günümüzdeki uygulanması ortaya konulacaktır.

I. İNSAN HAKKI KAVRAMI

İnsan hakları günümüzün en çok tartışılan kavramlardan birisidir. Özellikle Avrupa Birliğine uyum sürecinde kavram olarak insan hakları ve ihlalleri çoğu zaman Türkiye'nin önüne büyük bir sorun olarak çıkmaktadır. Kavram olarak insan haklarını anlamak, insan haklarının felsefi temellerinin de anlaşılmasını sağlayacaktır.

İnsan haklarının tarihsel sürecini ve bu sürecin sonunda elde edilen kazanımları bilmek, insan haklarının her bir birey tarafından öneminin kavranmasına ve bu hakların korunması için her bir insana gerekli olan cesareti verecektir. Konunun anlaşılması bakımından bu bölümde insan hakları kavramının niteliği, diğer kavramlarla ilişkisi ve felsefi temelleri incelenecektir.

1. İnsan Hakkı Kavramı ve Diğer Kavramlarla İlişkisi

İnsan haklarının niteliğini anlayabilmek için öncelikle “hak” kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. Kavramsal olarak “hak” kelimesi, hem günlük dilde hem de felsefi alanda yaygın olarak kullanılan bir kavramdır. Konuşma dilinde hak kavramından söz edildiğinde, hak sahibi olan birinin bir şeye yetkili olduğu veya onun bir şeyi meşru olarak talep edebileceği anlatılmak istenir. Hukuk dilinde hak kavramı ise, böyle bir yetki veya meşru talebin hukuki bir biçimde ifade edilmesidir.

Hak kavramı için sözlüklerde, “gerçek, sabit ve doğru olmak, gerekmek, bir şeyi gerçekleştirmek, buyurmak, bir kanunla sabit hale getirmek, insanlara veya Tanrıya karşı ödev, hukuk, imtiyaz” olarak anlamı olduğu yazılıdır. Hak kelimesi adalet, adalet veya geleneğin gerektirdiği veya kişiye tanıdığı şey, gerçeğe uygunluk anlamında da kullanılmaktadır. Hukuken hak, hukuk tarafından korunan ve bu korumadan yararlanılması ferdin iradesine bırakılan menfaat şeklinde tanımlanmaktadır².

Hak kavramı, değişik kuramsal görüşlerle açıklanmaya çalışılmaktadır. İrade kuramı, hakkı, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı irade kudreti biçiminde tanımlar. Çıkar kuramına göre hak, hukuk düzeninin koruduğu ve tanıdığı çıkarlardır. Her iki kuramı birleştiren ise karma kuramdır. Karma kuram, hakkı, hukukten korunan ve yararlanılması hak öznesinin iradesine bırakılan çıkar biçiminde tanımlar. Özgürlük tüm hakların ortak kökeni iken haklar, hukukun özgürlükleri sağlamak amacıyla kişiye tanıdığı meşru yetkililerdir. Özgürlük yapma veya

² Coşkun, Vahap, İnsan Hakları-Liberal Açından Bir Tahlil, Liberte Yayınları, Ankara, 2006, s.105.

yapmama serbestisi, hak ise bireyin bir istemde bulunabileceği, ileri sürebileceği ve kullanabileceği bir durumun varlığını içermektedir³.

Bireye, yürürlükteki yasalarla, uluslararası anlaşmalarla veya sözlü bir gelenekle tanınan belli şekilde hareket etme özgürlüğü ve imkânına hak denilebilir. Hak, insana Tanrı adına hareket ettiğine inanan ve yönetilenleri de buna inandıran kral veya yasa, gelenek gibi bir otorite kaynağı tarafından verilen özgürlük ve ayrıcalıklardır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi “hak”tan söz edebilmek için bir toplumsallığın olması gerekir. Hak kavramının başlıca dört anlamından söz edilebilir. Birincisi ahlaksal anlam olup belli eylem ve faaliyetleri başkalarına zarar vermeden gerçekleştirebilmektir. İkincisi, siyasal anlamı olup vatandaşlık, seçme ve seçilme gibi haklardır. Üçüncüsü hukuki anlamı olup hukuk sistemi içerisinde savunma, iddia, yasalar önünde eşitliktir. Dördüncüsü ise, ekonomik anlam olup iş ve meslek sahibi olma, mülk edinme, ticaret yapma haklarıdır⁴.

Bir hakkın varlığının anlamlı olabilmesi için, hak ile birlikte yetki, talep ve saygı gösterilme zorunluluğunun bulunması gerekir. Yetki, hakkın özü olan bir şeyi yapabilmektir. Talep, her hak sahibine olumlu veya olumsuz bir talepte bulunma yetkisi vermektedir. Saygı gösterilmesi de, hakkın konusundan yararlanma yetkisinin genel olarak veya bir kişiye bağlı olarak tanınmasını istemek, ona saygı gösterilmesini meşru olarak beklemek demektir⁵.

İnsan hakkı Erdoğan’a göre⁶, ahlaki anlamda bir haktır. İnsan hakkı, niteliği bakımından herhangi bir ahlaki haktan farklı olup insan hakkı diğer bütün ahlaki haklardan üstündür. İnsan hakları en üstün ahlaki

³ Gülmez, Mesut, İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi, TODAİE Yayınları, Ankara, 2001, s.8.

⁴ Gündoğan, Gülsün, Günay, Mustafa, İnsan Hakları ve Eğitimi, İlya Yayınevi, İzmir, 2004, s.13.

⁵ Bozkurt, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslar arası Hukukun Rolü, Nobel Yayınevi, Ankara, 2003,s.8.

⁶ Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997, s.134.

talepleri ifade etmektedir. Bu üstünlüğün kaynağı, insan hakkının koruduğu temel değerlerin en üstün ahlaki değer olmasındandır. İnsan hakkı kişinin sırf insan olmak sıfatıyla kazandığı bir haktır. Ancak insan haklarını sadece ahlaki anlamda bir hak olarak görmek tüm dünyada tek tip bir ahlak anlayışını olduğunu kabul edilmesi sonucunu doğurabileceğinden tehlikeli bir yaklaşım olabilir.

Hak ile eşitlik kavramları arasında belli bir paralellik vardır. Eşitlik, var olan bir hakka toplumdaki her bireyin sahip olabilme durumudur. Dworkin'e göre⁷ eşit olarak davranılma hakkı eşitliğin liberal kavramı altında esas alınmalıdır. Eşit davranılma hakkını kısıtlayıcı nedenlerin, sadece özel bir nedenle daha temel bir haktan çıkan özel koşullarda olabileceğini savunur. Eşitliğin liberal kavramına ve mantığına saygı gösteren bir iktidar, özgürlüğü belirli, çok sınırlı çeşit haklılaştırmayla uygun olarak sınırlandırılabilir.

İnsan hakları özgürlükten kaynaklanmaktadır. Özgürlük, kişinin hayatını kendi tercihlerine göre kurma çabasının özellikle siyasi otorite tarafından keyfi olarak engellenmemesi demektir. Kişinin eylem olanaklarının kısıtlanmamasını ifade eder. Özgürlük klasik olarak negatif anlamı vardır. Ancak özgürlüğün pozitif karakterli olduğunu ileri süren görüşler de vardır. Pozitif özgürlük anlayışına göre, özgürlük sadece bir eylemi yapamama, engelleyememe anlamına gelmemekte olup asıl anlamı bir şeyi yapabilme gücüdür. Bireyin dış engellerle karşılaşmaması onun özgür olduğunu göstermez. Aynı zamanda bireyin istediğini yapabilme güç ve kapasitesine sahip olması gerekir⁸. Bir eylemi yapabilme gücü ile o eylemi yapabilme özgürlüğü farklı şeylerdir. Özgürlük kavramı, bir eylemin yapılmasının önünde engellerin bulunmaması demektir. İki kavramın birbirine karıştırılmaması gerekir.

⁷ Dworkin, Ronald, Hakları Ciddiye Almak, Çev:Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, Ankara, 2007, s.323.

⁸ Erdoğan, s.135.

Eşitlik ile özgürlük arasında yakın ilişki olmasına rağmen özgürlük ve eşitlik birbirlerinden ayrılmaz iki kavram değildir. Demokratik toplum düzeninde özgürlük herkese eşit olarak tanınmakta ve herkes ondan eşit olarak yararlanabilmektedir. Ancak tarihi ve sosyolojik gerçekler açısından duruma bakıldığında özgürlüğün her zaman eşitliği beraberinde getirmediği, eşitlik sağlama girişimlerinin de her zaman özgürlükle yan yana yürümediği görülür. 19. yüzyıl İngiltere’inde olduğu gibi geniş bir özgürlükler düzeninin olduğu bir toplumda bazen insanlar arasında büyük eşitsizlikler, derin sosyal ve ekonomik farklılıklar olabilir. Bazen de Marksist-Leninist rejimlerde olduğu gibi eşitlik büyük ölçüde sağlanmıştır ancak insanlar düşünce ve hareket serbestilerini sınırlayan otokratik bir yönetim altında kalmaktadır. Bu nedenle eşitlik ve özgürlük arasındaki bağa rağmen bunların ayrı kavramlar olduğu kabul edilmelidir⁹. Demokratik bir hukuk devletinde eşitlik ve özgürlüğün daha yakın ilişki içinde olduğu söylenebilir. Her birey eylemlerinde hukukun genel ilkeleri çerçevesinde çıkarılan kanunların çizdiği sınırlar içerisinde özgürdürler ve kanun önünde herkes eşittir. Kimsenin kimseye herhangi bir üstünlüğü olmadığı gibi toplumdaki bir grubun diğer gruba karşı üstünlüğü de yoktur. Bu nedenle demokratik hukuk devletlerinde eşitlik ve özgürlük kavramları diğer sistemlere göre birbirlerine daha paralel olarak gözükür.

2. İnsan Haklarının Felsefi Temelleri

Genel olarak insan hakları kavramı esas itibariyle devlet-birey eksenini çerçevesinde şekillenmiş ve gelişmiştir. Yılmaz’ın Kapani’den aktardığı gibi¹⁰, Eski Yunanistan uygarlığında Aristo ve Platon’un yaptığı gibi tüm sistem anlayışlarını insanların eşitsizliği temeli üzerinde şekillendiren yaklaşımlar ağırlıktaydı. Eski Yunanistan’da vatandaş sayılanların yanında köleliği kabul eden bir toplumda bireye önem veren ilk düşünürler Stoacılar olmuşlardır. Devleti mutlaklaştıran düşünceye karşı çıkarak devletin üstünde bir evrensel doğal kanun bulunduğunu,

⁹Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.9.

¹⁰ Yılmaz, AYTEKİN, Türkiye’de Siyasal Hayat, “Günümüzde İnsan Hakları ve Türkiye”, Aktüel Yayınları, İstanbul, 2005, s.826.

insanların akıllarıyla kavrayabilecekleri bu kanuna uymak zorunda olduklarını savunmuşlardır. Stoacılar, bu kanunun insanların birbirini sevmesini emrettiğini, bütün insanların kardeş olduğunu belirtmiştir. Stoacılar, özgürlüğü de insanların iç dünyası ile ilgili olduğunu belirtmişlerdir. İnsana devlet dışında manevi değer tanımları ve bütün insanlar arasında eşitlik fikirlerini savunmaları nedeniyle insan haklarının ilk habercileri olmuşlardır.

Eski Yunan'ın iki büyük filozofu Platon ve Aristo'da da insana insan olduğu için değer veren, insana devlet içinde ve devlete karşı herhangi bir hak tanıyan düşünceye rastlanmamaktadır. Klasik çağın bu iki ünlü filozofunun başka yönlerden çok ileri ve ilgi çekici görüşleri arasında özgürlük fikrinin belirtilerini aramak sonuca ulaşmayan bir çabadan başka bir şey değildir. Her iki filozofun da siyasi felsefelerinin özü sonuç olarak hürriyetin karşıtı olan antitezden başka bir şey değildir. Platon'un tasarladığı ideal devlet, toplum hayatının tüm yönlerini tek bir elde düzenleyen, ayarlayan ve bu düzen içinde kişiye en küçük bir serbest hareket etme imkanı tanımayan monolitik bir devlettir. Totaliter bir sistem yaratma konusunda Platon'un çizdiği bu çerçeveden daha ötesinde bir model düşünülmesi zordur. Aristo'nun siyasi doktrini Platon'a göre daha yumuşak ve ölçülüdür. Fakat Aristo'nun düşünce sisteminde de bireye ve özgürlüğe değer verilmemektedir. Aristo yalnız kölelik sistemini savunmakla kalmayıp ayrıca onun ideal devletinde işçilerin ve çiftçilerin vatandaş sınıfı içinde yeri olmadığını savunur. Aristo ve Platon, devleti bireyin mutlak efendisi olarak tanımlar. Köleliği olduğu gibi kabul etmekle insanın manevi varlığını gözden uzak tutarak çağlarının yerleşmiş değer ölçülerini aşmamışlardır¹¹.

İlkçağ'dan sonra Ortaçağ'da doğal hukuk görüşünü benimseyen düşünürlerden en önemlilerinden biri Thomas Aquinas'tır. Düşünürün fikirlerine doğal hukuk anlayışı egemen olmuştur. Düşünüre göre, insan kral tarafından bildirilen tanrı buyruklarına uymak zorundadır. Yönetim tarafından baskı ve zulüm olduğunda yani iktidarın kötüye kullanılması

¹¹ Kapani, s.17-18.

durumunda görevini kötüye kullanan kralın tahttan indirilmesi gerektiğini, bunun da bir isyan olmayacağını belirtmiştir. Halkın kralı tahttan indirmesini bir hak olacağını belirtmiştir. Ancak akılcı olan yolun kralı görevinden yoksun bırakmak yerine sınırlamak olduğunu savunmuştur. İlk çağdaki düşüncelerin sadece felsefi aşamada kaldığı gibi Thomas Aquinas'ın düşünceleri hem feodal dönemde hem de kilisenin siyasallaştığı monarşiler döneminden uygulama alanı bulamamıştır. Ancak bu fikirler doğal hukuk görüşünün sistemleşmesini sağlamış, on yedinci ve on sekizinci yüzyıl düşünürlerine bir temel oluşturmuştur¹².

Doğal hukuk görüşü, Eski Yunan'da Hristiyan ve İslam düşüncesinde yer alan ancak aydınlanma dönemindeki seküler ve rasyonalist düşüncelerin etkisiyle rasyonel nitelik kazanan bir düşüncedir. Doğal hukukun kaynağı "akıl"dır. Doğal hukukun kaynağında pozitif hukukun eleştirisi yatmaktadır. On yedinci ve on sekizinci yüzyılda Puffendor, Duguit, Locke gibi düşünürlerce ileri sürülen bu görüşe göre insanlar, doğal haklarla doğarlar ve bu haklar insanın var oluşunun ayrılmaz bir parçasıdır. Bundan dolayı, bunlar doğuştan devredilmez ve dokunulmaz olan haklardır. Doğal hukuk savunucularına göre doğal hakların varlığı toplum öncesine dayanır. Herhangi bir toplumsal yapının, gelişmenin veya siyasal düzenlemenin ürünü değildir. Aksine, siyasal sistemin kuruluşunun amacı bu hakları korumaktır. Bu haklar evrensel olup zamana ve mekâna bağlı olmaksızın bütün insanlar sahiptir¹³.

Doğal hukuk ve doğal haklar teorisine Marksist düşünce tarafından eleştiri getirilmiştir. İnsan hakları konusunda Marksistlerin durumu biraz daha belirsizdir. Çünkü onlar bir yandan sömürgeciliğe karşı devrimci mücadeleyi bir yanyıla insan hakları adına yürütmeye istekli görünürken öbür yandan geleneksel haklar teorisinin bireyciliğinin keskin eleştiricileri konumundadır. Marks insan hakkını, başka insanlardan ve toplumdaki soyutlanmış bencil insanın hakkı olarak nitelendirilmiştir. Marks ayrıca

¹² Bozkurt, s. 26.

¹³ Çoban, Ali Rıza, "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Tartışmalar", *Yeni Türkiye Dergisi*, S:21, 1998, s.192.

insan haklarının evrenselliği ilkesini de reddetmiştir. Marks'a göre, insanın özgürleştirilmesi için sadece feodalizmin eseri olan engellerin değil bütün baskıcı ekonomik ve sosyal kurumların dönüştürülmesi gerekir. Burjuva hukuku ise esas olarak bireyin mülk kazanma hakkını güvence altına almıştır. Liberal özgürlük anlayışı özel alanı kamusal alandan ayırmak suretiyle insanın gerçek doğası olan sosyal ve işbirlikçi yönlerini tahrip etmiştir. Oysa komünist toplumda üretim bireysel sahiplenme yerine sosyal işbirliğine dayanacağı için başkalarının özgürlüğünü sınırlayan hiçbir bireysel hakkın yeri olmayacaktır¹⁴. Bu düşünce biçiminin, gerçek hayatta örtüşmediğinin ve uygulama alanının bulmadığının Sosyalist sistemi benimseyen ülkelerdeki yönetim biçimleri ve sorunları göz önüne alındığında ortaya çıkacaktır. Sosyalizmi benimseyen ülkelerdeki insanlar genellikle Komünist Partilerin baskısı ile yönetilmektedir. Baskı ile yönetilen ülkelerde sosyal işbirliğinin bireylerin rızası ile olduğunu düşünmek doğru olmasa gerekir.

II. İNSAN HAKLARININ HUKUKİ SINIFLANDIRMASI

Birey ve devlet arasındaki ilişki, devletin insan hakları karşısındaki konumu, insan hakkının niteliği gereği kullanılma biçimi gibi birçok bakımdan insan hakları hukuki olarak sınıflandırılmaktadır. Bu kesimde, insan haklarının sınıflandırılma biçimlerine yer verilecektir. İnsan haklarının sınıflandırılması, bir insan hakkının hangi hak grubuna girdiği, bireyin talep etme ve devletin ise yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından önemlidir.

1. Klasik İnsan Hakları Sınıflandırılması

İnsan haklarının hukuki olarak tasnifinde Jellinek'in, negatif, pozitif ve aktif statü hakları ayrımı klasik insan hakları ayrımı olarak kabul edilmektedir. Bu ayrımın temelinde, statü kavramı ile bireyin devlet karşısındaki durumu yatmaktadır. Bireyin devlet karşısındaki konumu,

¹⁴ Erdoğan, s. 139.

insan haklarına ilişkin olarak bireyin devletten beklediği edimin niteliği konusunda da belirleyicidir¹⁵.

Bir hakkın yerine getirilmesi için devletten beklenen edim müdahale etmeme, engellememe ise negatif bir hak söz konusudur. Negatif statü hakları söz konusu olduğunda, devletin herhangi bir aktif eylemde bulunması beklenmeyip birey bu haklardan devletin bir katkısı olmadan yararlanmaktadır. Geleneksel olarak kişisel haklar bu niteliktedir. Örneğin, yaşam hakkı, kişi dokunulmazlığı gibi haklardan bireyin yararlanması için devletin herhangi bir aktif müdahalesi gerekmez. Bu haklar, birey dokunulmaz, özerk bir alan sağlamaktadır.

Pozitif statü hakları, devletin olumlu müdahalesini gerektiren haklardır. Birey bu haklarını ancak devletin müdahalesi ile kullanabilmektedir. Örneğin, sağlık hakkı, eğitim hakkı, sosyal yardım gibi ekonomik ve sosyal nitelikteki haklar bu hak kategorisi içerisinde kabul edilmektedir. Pozitif statü haklarının temelinde toplum içerisinde bulunan sosyal eşitsizlikleri gidermek amacı vardır.

Aktif statü hakları, bireylerin siyasal iktidarın oluşumuna ve kullanılmasına katılmasını sağlayan haklardır. Seçme ve seçilme, siyasi parti kurma ve bunlara üye olma gibi haklar bu kategoriye giren haklar olup bireyler bu haklar sayesinde siyasi karar alıcıları belirleyip siyasi kararlara etki edebilirler. Bu haklar devlete hem pozitif hem de aktif olarak hareket etme edimi yükleyebilir. Örneğin, seçimlerin düzenli ve güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesi devlete pozitif bir yükümlülük getirirken propagandanın engellenmemesi, bireylerin istediği partiden aday olması devlete negatif nitelikteki yükümlülükler getirmektedir.

Jellinek'in klasik tasnifi eleştirilebilir. Bu tasnif, haklar arasında bir hiyerarşinin varlığı sonucunu da doğurabilme tehlikesini de ortaya çıkarabilir. Devlete pozitif bir yükümlülük getirmeyen negatif statü haklarının pozitif haklara oranla daha fazla bir korunma sağlanması sonucunu doğurabilir ki bu yaklaşımda insan hakları açısından tehlikeli

¹⁵ Algan, s. 38.

bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre devlet gece bekçisi gibi olmalıdır. Devletin pozitif edim yüklenerek bir takım hakları gerçekleştirmeye çalışması diğer kişilerin doğal haklarını kısıtlamaktadır. Devlet yoksulluğu gidermek, genel refahı sağlama için her olumlu edimde bulunduğu diğer bireylerin haklarını ihlal etmiş olacaktır¹⁶. Bu yaklaşım ileride de anlatılacağı gibi, insan haklarının bütünlüğü ve aralarında hiyerarşi olmaması nedeni ile haklı olarak eleştirilmektedir.

2. Kuşak Sınıflandırması

Karel Vasak tarafından yapılan bu sınıflandırmada tarihsel süreç ön plana çıkmaktadır. İnsan hakları birinci, ikinci ve üçüncü kuşak insan hakları şeklinde üçlü bir sınıflandırmaya tabi kılınmıştır. Birinci kuşak haklar, kişi özgürlükleri ile siyasi hakları da içermekte olup Jellinek'in klasik haklar sınıflandırmasında negatif ve aktif statü haklarına karşılık gelmektedir. Birinci hakların temel özelliği bireyi ön plana çıkarmasıdır. İkinci kuşaklar, Jellinek'in sınıflandırmasında sosyal ve kültürel haklara karşılık gelmektedir. Bu kuşaktaki haklar da bireyi ön plana çıkarmaktadır. İkinci kuşak haklar devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Üçüncü kuşak haklar ise dayanışma hakları, halkların hakları veya grup hakları şeklinde tanımlanmaktadır. Bu haklara örnek olarak çevre hakkı, barış hakkı, ekonomik ve sosyal gelişme hakkı gösterilebilir. Son zamanlarda su hakkı ve bilimin kötüye kullanılmaması kapsamında insan kopyalanmaması dördüncü kuşak hak olarak ortaya çıkmıştır.

Kuşak kavramına yöneltilecek eleştirilerin biri de kuşak kelimesinin anlamına yöneliktir. Kuşak kavramı, sonraki kuşağın kendinden önceki kuşağın yerini alma, önceki kuşağı kaldırma şeklinde anlaşılmalara yol açabilir. Oysa durum farklıdır. Kuşaklar birbirlerinin yerine geçmezler. Kuşaklar arasında kronolojik bir sıralamanın geçerliliği de tartışmalıdır. İnsan haklarının tarihsel gelişimini bir takım genel eğilimlerinin belirlenmesi dışında insan hakları ile devrimler arasında doğrudan bir

¹⁶ Algan, s.40.

ilişkinin varlığını mutlak olarak kanıtlanamaz. Örneğin, Vasak'ın ileri sürdüğünün aksine Batı Avrupa ülkelerinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gelişimi Sovyet devriminden bağımsız olarak savaş sonrası dönemde refah devleti anlayışı ile birlikte gerçekleşmiştir. Bu hakların ortaya çıkışı Batı Avrupa'da on dokuzuncu yüzyılda kendini gösteren sosyalizm akımı ile yakın ilişkili olmasına rağmen Sovyet Devrimi bu olaydan daha sonra gerçekleşmiştir¹⁷.

3. Kolektif Haklar-Bireysel Haklar Sınıflandırması

İnsan haklarının bir başka hukuki tasnifi ise, bireysel haklar ile kolektif haklar şeklindeki ayrımdır. Tek başına bireyin kullandığı haklar bireysel haklar, bireyin tek başına değil de sadece bir grupla birlikte kullanması gerekli olan haklar ise kolektif haklar şeklinde tanımlanabilir.

Kolektif veya grup hakları son dönemlerde toplumun ve toplumsal grupların insan hakkına sahip olduğundan hareketle ortaya çıkan haklardır. Bu tür haklar, etnik, kültürel, dilsel ve dil grupları gibi ayırt edici özellikleri olan azınlık gruplarının, söz konusu diğer azınlık gruplarından ayırt edici kolektif özelliklerinin korunmasının ve geliştirilmesinin ilgili bir hakla mümkün olduğu durumlarda başvurulacak haklardır¹⁸.

Kolektif veya grup hakları ile bireysel haklarda da, halkların hakkı olarak tabir edilen üçüncü kuşak haklar ile su hakkı gibi dördüncü kuşak hakların bireysel mi yoksa kolektif bir hak mı olduğunu belirleyememektedir. İnsan haklarının çoğunun hem kolektif hem de bireysel bir yönü vardır. Bu nedenle kesin çizgilerle bir hakkın kolektif diğer hakkın ise bireysel olduğu belirlemek yanlış olacaktır.

III. İNSAN HAKLARININ EVRENSELLİĞİ

İnsan haklarının evrenselliği, insanlara verilen hakları yaş, cinsiyet, etnik köken, din gibi sınırlandırmalar olmaksızın bireyin sadece insan olmasından dolayı kendisine sağlanan haklar olarak tanımlanabilir.

¹⁷ Algan, s. 57.

¹⁸ Coşkun, s. 118.

Evrensel olarak, bütün insanlar diğer kişi ve kurumlara karşı bu haklara sahiptir. İnsan haklarının bu ilkesi ahlaki evrenselliğini de ortaya koymakta olup insan haklarının diğer ahlaki, hukuki ve siyasi taleplerden önce geldikleri anlamına da gelmektedir.

Evrensellik bağlamında insan haklarının özellikleri her zaman ve her yerde geçerli olmasıdır. İnsan hakları, insanlara sadece insan olmalarından dolayı verilmiş olan haklardır. İnsan hakları doğuştan gelen haklar olduğu için sonradan verilmez. İnsan haklarının amacı, doğuştan gelen ve sadece insana ait olan özelliklerin geliştirilmesini sağlamaktır. İnsan hakları vazgeçilemez ve devredilemez haklardır. İnsan haklarına her yerde ve her durumda saygı göstermek gerekir¹⁹.

İnsan haklarının evrenselliği fikri 20. yüzyılda önemli bir aşama kaydetmiştir. Bunun başlıca iki nedeni olduğu söylenebilir. Birincisi, I. ve II. Dünya savaşı sonunda milyonlarca insanın hayatını kaybetmesi ve geride kalan insanların temel hak ve hürriyetlerden yoksun kalmasıdır. Böyle felaketlerin bir daha yaşanmamasına yönelik girişimler insan haklarının evrenselliği fikrine katkıda bulunmuştur. İkincisi ise 20. yüzyılda ulusal düzlemde otoriter ve totaliter rejimlerin insan haklarını sistemli bir şekilde ihlal etmesi karşısında bu tür olaylara bir daha olanak tanımayacak insan hakları sisteminin oluşturulmasına ve buna ilişkin evrensel biçimde kurumsallaşmanın oluşturulmasına yönelik çabalar, insan haklarının evrensel olduğu inancının dünyada yerleşmesine katkıda bulunmuştur²⁰.

İnsan haklarının evrensel geçerliliğinin sağlanması bakımından bazı insan haklarını zedeleyici gelişmeler de yaşanmaktadır. İkinci Dünya Savaşının hemen ardından insan haklarının küresel ölçekte yayılmasını amaçlayan çalışmalar, günümüzde bazı egemen devletlerin dış politikalarında amacından uzaklaşmıştır. Bazı devletlerde insan hakları ihlallerine karşı gösterilen tepkiler, diplomatik yaptırımların ve

¹⁹Çüçen, A.Kadir, İnsan Hakları, Marmara Kitap Merkezi (MKM) Yayıncılık, 2011, Bursa, s:49.

²⁰ Coşkun, s. 108.

ambargoların ötesine geçerek bağımsız devletlere silahlı müdahaleler yapılmaya kadar vardırılmıştır. İnsan hakları ihlalleri gerekçe gösterilerek yapılan bu müdahalelerin esas amacı, egemen devletlerin ulusal çıkarlarını gerçekleştirmek ve uluslararası sermayenin taleplerini yerine getirmektir. İnsan hakları gerekçe gösterilerek yapılan askeri müdahaleler uluslararası hukuka aykırı olarak ve meşruiyeti tartışmalı bir biçimde gerçekleştirilmesi, insan haklarının saygınlığına zarar vermektedir²¹.

İnsan Haklarının evrenselliğine ilişkin olarak bazı hakların dünyanın belli bir yöresinde uygulanırken diğer yöresinde uygulanabilirliği sorunu kültürel relativizm kavramını ortaya çıkarmaktadır. Kültürel relativizm(görecelik), kültürel, toplumsal ve siyasi geleneklerden dolayı toplumlar arasında belirli bir değer yargısı farklılığı olduğunu bu nedenle farklı toplumlarda farklı insan hakları anlayışının bulunmasının doğal olduğunu savunur. Bazı rölativistler, farklı değer yargılarının kendi sosyal bağlamları dışında bir anlam ifade edemeyeceğini, insan haklarının ise Batı'nın toplumsal ve ekonomik yapısı sonucu ortaya çıktığını, bu nedenle insan haklarının Batı'nın dışında bir anlam ifade edemeyeceğini belirtir. Ancak bu fikir insan haklarını Batı'nın elinde tekelleşmesi sonucunu doğurur ki bu da insanlar arasındaki ötekileştirme sürecini destekler²². İnsan haklarının evrensel olduğunu kabul etmek kültürel olarak farklılığı görmezlikten gelmek değildir. Evrensellik, insan hakları açısından bir güvencedir ve bu güvencenin de korunması gerekir.

IV. KUŞAKLAR ARASINDA TAMAMLAYICILIK İLKESİ

Genel olarak insan haklarının arasında tamamlayıcılık ilişkisi, insan haklarının bütünlüğü ve bölünmezliği ilkeleri ile açıklanabilir. Dört kuşak içerisinde yer alan hakların bir bütün oluşturduğunu ve birbirlerini

²¹ Uygun, Oktay, Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, (Tarihlendirme: 2003), s. 13, www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/uygun.pdf, Erişim Tarihi: 30.03.2010.

²² Algan, s. 69.

tamamladığı, birbirlerinden ayrı olarak düşünülmemeyeceğini belirten insan hakları ilkeleri bütünlük, bölünmezlik ve karşılıklı bağımlılıktır.

1993 yılında kabul edilen Viyana Bildirgesi ve Eylem Planı ile birlikte Viyana Kongresinden önce hazırlanan Tunus, San Jose ve Bangkok bildirimlerinde kişisel ve siyasal haklar olan birinci kuşak hakları ile ikinci kuşak haklar olan ekonomik, kültürel ve sosyal hakların karşılıklı bağımlılığı ile bütünlüğüne ve bölünmezliğine vurgu yapılmaktadır. Örneğin Bangkok bildirisinin onuncu maddesinde ekonomik, kültürel ve sosyal haklar ile siyasal hakların birbirine bağımlılığı ve bütün insan hakları kategorilerine eşit önem verilmesi vurgulanmıştır. Yine her üç bildiri de üçüncü kuşak haklardan olan gelişme hakkının devredilmez bir hak olduğu belirtilmiş ve gelişme ile insan hakları arasında sıkı bir bağın olduğu ortaya konulmuştur²³.

İnsan hakları tek tek ele alındığında hakkın sahibi olan bireyin değişik yönlerinden sadece birini veya birkaçını ele almaktadır. Bu bakımdan, bireyin insan haklarından tam anlamıyla faydalanabilmesi hassas bir denge üzerine kuruludur. Çünkü birey, meşru ve birtakım yasal istisnalar dışında tüm haklarından aynı anda ve tam olarak yararlanabiliyorsa insan haklarının tümüyle güvence altına alınmış demektir. Bireyin haklarından birinin veya birkaçının ihlal edilmesi sonucunda o anda ihlal edilememekte olan diğer haklarından da yararlanabilmesini azaltabilecek, anlamsızlaştırabilecek ve hatta tümüyle ortadan kaldıracaktır. Örneğin, haksız olarak tutuklanan bir kişinin özgürlüğü elinden alınması sonrasında kullanımı özgürlüğe bağlı olan diğer haklar örneğin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı da elinden alınmış olacaktır. Yaşam hakkının ihlali durumunda tüm haklar bireyin kendisi ile birlikte ortadan kalkacaktır. İnsan haklarının birbirlerini tamamlamasının en önemli sonucu, insan haklarının kuşakları arasında ve kuşaklar içerisindeki haklar arasında bir hiyerarşinin varlığının olmamasıdır. Böyle

²³ Demir, Esra, İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Relativizm Çatışması, 2006, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.100.

bir hiyerarşinin varlığından söz edilmesi, insan haklarının bazılarının öncelikle korunmasına veya farklı hakların farklı düzeylerde korunmasına meşruluk kazandıracaktır²⁴.

Sosyal ve kültürel açıdan sağlanan yardım ve olanakları ifade eden sosyal, ekonomik ve kültürel hakların gerçek anlamda insan hakkı niteliğinde olmadığı, aralarında nitelik farkı nedeni ile birinci kuşak haklardan daha az önemli olduğu iddia edilmiştir. Piyasa ekonomisinin hakimiyeti altındaki modern dünyada asgari bir sosyal ve ekonomik güvenceye sahip olunmadan insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürülmesi olanaksızdır. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile kişisel ve siyasal haklar arasında devletin aktif veya pasif hareket etmesi gibi bazı farklılıklar elbette ki vardır. Ancak bu durum iki kuşak arasındaki hakları tamamen birbirinden bağımsız olarak düşünülmesini gerektirmez.

Küreselleşme süreci ile birlikte, özellikle ikinci kuşak haklarda bir gerileme olduğu iddia edilmektedir. Şahin'e göre²⁵, yeni üretim sektörlerinin ve biçimlerinin gelişmesi ile birlikte sermayenin akışkanlığı artmış, sermaye hızla küreselleşerek dünyayı tek pazar haline getirmiştir. Post-Fordist birikim rejimi, meta ilişkilerinin küresel ekseninde yayılması, daha önce hiç metalaştırılmamış olan siyaset, eğitim, sağlık ve bilimin metalaştırılması sonucunu doğurmuş ve bu faaliyetlerin kar odaklı hale gelmesi mantığı üzerine gelişmiştir. Böylece, sosyal devlet döneminde temel ekonomik ve sosyal hak olarak sunulan kamu hizmetleri hak olmaktan çıkmış parası olanların yararlanabileceği hizmetler olarak kendilerini göstermiştir.

Ancak bu iddianın doğruluğu tartışılabilir. Dünya, her konuda hızlı bir değişim içindedir. Bu değişimden elbette insan hakları da etkilenmektedir. Ancak bu dönemde bile insanların temel gereksinimleri ve ihtiyaçlarından olan sosyal ve ekonomik haklardan bireylerin

²⁴ Algan, s. 74.

²⁵ Şahin, Yeşim Edis, Küreselleşme ve İnsan Hakları, http://deuhyo.sqweeb.com/174-178_sahin.pdf, 2009, s.176, Erişim Tarihi: 30.03.2010.

yararlanması sağlanmaktadır. Her ne kadar özellikle bazı özel eğitim ve sağlık kurumlarından yararlanılması için maddi imkanlar gerekli olsa da bu durum ekonomik ve sosyal haklarda bir gerileme olarak görülmemelidir. Devlete düşen görev, özel kurumların önünü kapatmak değil bu kurumlarla yarışabilecek nitelikte kendi bünyesinde ekonomik ve sosyal hizmet sağlamaktır. Böylece ekonomik ve sosyal hakların niteliği artacak ve bireylerin bu hizmetlerden daha nitelikli yararlanması sağlanacaktır.

1972 yılında ilan edilen “Birleşmiş Milletler Dünya Çevre Deklarasyonunun” birinci maddesinde, çevreyi hem doğal çevre hem de insan yapısı çevre olarak, insanoğlunun geleceği ve temel insan haklarından yararlanması için ve hatta hayatın kendisi için gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Burada çevre hakkı ile kalkınma arasındaki bir çelişkinin olduğu öne sürülebilir. Kalkınma da insan haklarının gelişimi için gereklidir. Kalkınma için yapılan her hamle çevreye zarar verme tehlikesi yaratabilir. Ancak gerçek bir kalkınmanın ön koşulu, çevrenin korunmasından ödün verilmeden yapılan bir gelişmenin sağlanmasıdır. Dünyanın ekonomik kalkınması için çevrenin korunması en önemli unsurdur²⁶.

Bilimsel ve özellikle tıp alanındaki gelişmelerin insan türü açısından yaratacağı muhtemel olumsuz etkilerinin önüne geçmek amacı ile dördüncü kuşak hak olarak değerlendirilen bilimin kötüye kullanılmaması hakkı da diğer kuşaktaki hakları tamamlayıcı bir özelliği vardır. İnsanın genetik yapısında bir değişim veya insan kopyalanması, insan haklarının koruduğu temel değer olan insan onuruna saygıyı ortadan kaldıracak nitelikteki bir faaliyettir. Bu nedenle dördüncü kuşak haklarında diğer kuşaktaki hakları tamamlamaktadır. Bu haklar yeni olmasına rağmen diğerlerinden ayrı ve bağımsız düşünülmemesi gerekir.

²⁶ Ekinci, Oktay, “5 Haziran 1972 Bildirgesi Işığında İnsan Hakları ve Çevre”, *Yeni Türkiye Dergisi*, S: :21, 1998, s. 1192.

SONUÇ

Tarihsel süreç dikkate alındığında insan haklarının daima bir gelişme içerisinde olduğu görülmektedir. Teknoloji, bilişim gibi alanlardaki gelişmeler sonucunda ortaya çıkan ihtiyaçlar yeni insan haklarının ortaya çıkarmıştır. İnsan hakları statik olmayıp niteliği gereği dinamik bir yapıya sahiptir. İnsan hakları olarak ileri sürülen haklar listesindeki yer alan haklar, zamana ve yaşanan gelişmelere bağlı olarak yeni hakları ve hatta yeni kuşakları ortaya çıkarabilir.

Kuşaklar arasındaki haklar bir bütündür ve bölünmez. İnsan haklarının evrenselliğinin gerçekleşmesi de bu hakların bölünmez niteliğine bağlıdır. İnsan haklarının gerçek anlamda uygulanabilmesi ve hayata geçirilebilmesi için bireylerin sağlık, besin, eğitim gibi temel ihtiyaçlarının karşılanabilmesi insan onuruna yaraşır bir hayatın ön koşuludur. Bu ön koşulun yokluğu halinde hukuksal ve siyasal eşitlik maddi anlamda sağlanamaz. Eşitliği biçimsel eşitlik olarak görmeyip özellikle ekonomik alanlarda yeniden ekonomik fırsatların ve eşitliğin sağlanması ikinci kuşak hakların yanı sıra diğer üç kuşak haklarında yaşama geçirilmesini sağlayacaktır.

İnsan hakları kuşaklarının birbirleri ile bir diyalektik ilişkisi içerisinde ve iç içe oldukları söylenebilir. Kuşaklar arasında bir önem sıralamasının yapılması olanaksızdır. Çünkü bir hak ihlali halinde dolaylı da olsa diğer kuşaktaki hak da ihlal edilmiş olmaktadır. Bir önem sırasına konduğunda, en önemli insan hakkının ihlal edilmekte olan insan hakkı olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Algan, Bülent,** Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Bozkurt, Enver,** İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Nobel Yayınevi, Ankara, 2003
- Coşkun, Vahap,** İnsan Hakları-Liberal Açından Bir Tahlil, Liberte Yayınları, Ankara, 2006.
- Çoban, Ali Rıza,** “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Tartışmalar”, *Yeni Türkiye Dergisi*, S:21,s.187-262 1998
- Çüçen, A.Kadir,** İnsan Hakları, Marmara Kitap Merkezi (MKM) Yayıncılık, 2011, Bursa.
- Demir, Esra,** İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Relativizm Çatışması, 2006, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Dworkin, Ronald,** Hakları Ciddiye Almak, Çev:Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, Ankara, 2007.
- Ekinci, Oktay,** “5 Haziran 1972 Bildirgesi Işığında İnsan Hakları ve Çevre”, *Yeni Türkiye Dergisi*, S::21, s:1191-1194, 1998.
- Erdoğan, Mustafa,** Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997.
- Gül, Cengiz,** (2010), Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı, “e-akademi” Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi,,<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=KLONLAMA%20VE%20K%D6K%20H%DCCRE%20%C7ALI%20DEMALARI%20KAR%DEISINDA%20%20>

[%DDNSAN%20ONURUNUN%20KORUNMA
SI%20HAKKI&kimlik=-
1385159815&url=makaleler/cgul-1.htm](#) Erişim
Tarihi: 15.04.2012

- Gülmez, Mesut,** İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi, TODAİE Yayınları, Ankara, 2001.
- Gündoğan, Gülsün, Günay, Mustafa,** İnsan Hakları ve Eğitimi, İlya Yayınevi, İzmir, 2004.
- Kapani, Münci,** Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- Uygun, Oktay,** Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, (Tarihlendirme: 2003), s. 13, www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/uygun.pdf, Erişim Tarihi: 30.03.2010.
- Şahin, Yeşim Edis,** Küreselleşme ve İnsan Hakları, http://deuhyo.sqweebs.com/174-178_sahin.pdf, 2009, Erişim Tarihi: 30.03.2010.
- Yılmaz, Aytekin,** Türkiye’de Siyasal Hayat, “Günümüzde İnsan Hakları ve Türkiye”, Aktüel Yayınları, İstanbul, 2005.